

Stellung und Funktion des Eheschutzrichters nach dem neuen Recht von 1984 und dem alten Recht von 1907

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ROLAND GEORGII

von Zürich und Basel

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Michael Riemer

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

1986



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Stellung und Funktion des Eheschutzrichters nach dem neuen Recht von 1984 und dem alten Recht von 1907

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ROLAND GEORGII

von Zürich und Basel

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Hans Michael Riemer

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 19. Februar 1986

Der Dekan:

Prof. Dr. Kurt Bauknecht

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 49 der Reihe

Zürcher Studien zum Privatrecht

Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Für Gabriela

"Der tägliche Anfall menschlichen Unglücks oder Unzulänglichkeit ist beim Eheschutzrichter gross. Nicht mit juristischem Können und Wissen, sondern mit Menschlichkeit und Verständnis muss der Richter seinen Patienten begegnen." (Troesch)

VORWORT

Die vorliegende Dissertation wurde im November 1985 an der Universität Zürich eingereicht. Am 22. September 1985 stimmte das Volk der Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 5. Oktober 1984 (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) zu. Damit wurde dem Eheschutzrichter ein erweitertes gesetzliches Instrumentarium gegeben, mit dem sich diese Arbeit auseinandersetzt.

An dieser Stelle möchte ich meinen Dank aussprechen. Er geht zunächst an Frau lic.iur. Reusser, Sektionschefin beim Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, für die wertvollen Hinweise und Unterlagen. Dann danke ich Herrn Dr. Weigold, Präsident des Bezirksgerichtes Winterthur, und Herrn Dr. Spühler, Oberrichter, für ihre Anregungen aus praktischer Sicht. Im weiteren danke ich Herrn Prof. Dr. Hegnauer für seine Erläuterungen zur Auslegung des neuen Gesetzes. Zu besonderem Dank verpflichtet bin ich Herrn Dr. Ringger, Vizepräsident des Bezirksgerichtes Zürich, mit dem ich in mehreren Gesprächen die Hauptprobleme des neuen Eheschutzrechts eingehend diskutieren durfte.

Mein herzlicher Dank geht auch an Herrn Prof. Dr. Riemer, der diese Arbeit betreute und mir bei der Wahl des Themas sowie der Ausgestaltung der Arbeit grosse Freiheit liess.

Schliesslich danke ich Frau Naef und Herrn lic.iur. Bolz für ihre Mithilfe bei der Instruktion des Computers am Rechenzentrum der Universität Irchel.

Zürich, im November 1985

Roland Georgii

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	XXI
Abkürzungsverzeichnis	XXVII
§ 1 Einleitung	1
A Gegenstand der Arbeit	1
B Aufbau der Arbeit	2
C Vorgehen	3
D Geschichte der Revision des Eherechts	3
1. Teil Stellung und Funktion des Eheschutzrichters nach dem Recht von 1907	5
§ 2 Die allgemeinen Voraussetzungen für ein Verfahren vor dem Eheschutzrichter	6
A Vorbemerkung	6
B Pflichtvergessenheit	6
C Gefahr, Schande, Schaden	7
I. Gefahr	8
II. Schande	8
III. Schaden	8
D Schranken bei der Anrufung des Eheschutzrichters	9
§ 3 Die Mahnung	9
A Voraussetzungen	9
B Inhalt der Mahnung	10
C Wirkungen der Mahnung	10
D Die Form	11
§ 4 Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes	12

A	Vorbemerkungen	12
B	Voraussetzungen für die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes	12
I.	Vorbemerkungen	12
II.	Die gesetzlichen Voraussetzungen	13
1.	Ernstliche Gefährdung	13
2.	Gefährdung der Gesundheit	13
3.	Gefährdung des guten Rufes	14
4.	Gefährdung des wirtschaftlichen Auskommens	14
III.	Die richterlichen Voraussetzungen	15
1.	Unmöglichkeit des Zusammenlebens	15
2.	Unzumutbarkeit des Zusammenlebens	15
C	Die Regelung der Nebenfolgen des Getrenntlebens	16
I.	Vorbemerkungen	16
II.	Unterhaltsbeiträge	17
1.	Grundsätzliches	17
2.	Voraussetzungen der Unterhaltspflicht	17
3.	Voraussetzungen des Anspruchs auf Unterhaltsbeiträge	18
a)	Berechtigung zum Getrenntleben	18
b)	Begehren um richterliche Festsetzung	18
c)	Parteivereinbarung	18
d)	Verschulden	19
4.	Bemessung des Unterhaltsbeitrages	19
a)	Grundsatz	19
b)	Die Bemessungsfaktoren	19
5.	Die Durchsetzung des Anspruchs auf Unterhaltsbeiträge	20
III.	Wohnung und Hausrat	21
1.	Grundsätzliches	21
2.	Die Wohnung	21
3.	Der Hausrat	22
4.	Die Wirkungen der Zuteilung von Wohnung und Hausrat	23

IV. Unmündige Kinder	24
1. Vorbemerkungen	24
2. Grundsätzliche Problemstellung	24
3. Die Zuteilung der Obhut bzw. elterlichen Gewalt	25
a) Kriterien	25
b) Wirkungen	26
4. Unterhaltsbeiträge	27
a) Unterhaltsbeitragspflicht	27
b) Unterhaltsbeitragsanspruch	27
c) Dauer der Beitragspflicht	27
d) Bemessung des Unterhaltsbeitrages	28
5. Persönlicher Verkehr (Besuchsrecht)	28
D Die Wirkungen der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes	29
I. Im allgemeinen	29
II. Die Wirkungen auf die Rechtsstellung des Ehemannes	30
1. Bestimmung der ehelichen Wohnung	30
2. Vertretung der Gemeinschaft	30
3. Die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes	30
III. Die Wirkungen auf die Rechtsstellung der Ehefrau	31
1. Familienname	31
2. Bürgerrecht	31
3. Wohnsitz	31
4. Schlüsselgewalt und ausserordentliche Vertretungsbefugnis	32
5. Beruf oder Gewerbe	33
§ 5 Anweisung an die Schuldner	33
A Vorbemerkungen	33
B Voraussetzungen	34
I. Vernachlässigung der Sorge für Weib und Kind	34
II. Begehren	34
C Pflichten des Richters	35
D Wirkungen	35

2. Teil	Stellung und Funktion des Eheschutzrichters nach dem Recht von 1984	37
§ 6	Die Revision des Eherechts - eine Notwendigkeit	38
A	Vorbemerkung	38
B	Die Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse	38
C	Die Diskrepanz zwischen den tatsächlichen Verhältnissen und den rechtlichen Normen	39
I.	Ehefrauen ohne Pflicht zur Kinderbetreuung	39
II.	Ehefrauen mit betreuungsbedürftigen Kindern	40
III.	Schlussbemerkungen	41
§ 7	Die Zielsetzungen der Revision	41
A	Die Revisionsvorstellungen im allgemeinen	41
I.	Rechtliche Gleichstellung der Ehegatten	41
II.	Partnerschaft als neues Leitbild der Ehe	42
III.	Verpflichtung, für das Wohl der Gemeinschaft zu sorgen	43
IV.	Ausbau des Schutzes der ehelichen Gemeinschaft	43
B	Die Revisionsvorstellungen beim Eheschutzrecht im besonderen	44
I.	Schutz der ehelichen Gemeinschaft	44
II.	Erweitertes System von Massnahmen	44
III.	Der Richter als Vermittler	44
IV.	Ehe- und Familienberatungsstellen	45
§ 8	Die richterlichen Massnahmen im allgemeinen	46
A	Vergleich zwischen dem alten und dem neuen Recht	46
I.	Vorbemerkungen	46
II.	Neuerungen	46

B	Die allgemeinen Voraussetzungen für einen Eingriff des Richters	47
I.	Begehren	47
II.	Pflichtvergessenheit gegenüber der Familie	47
III.	Uneinigkeit der Ehegatten in einer für die eheliche Gemeinschaft wichtigen Angelegenheit	47
C	Die Möglichkeiten des Richters	50
I.	Vermittlung	50
II.	Mahnung	50
III.	Sachverständige	51
IV.	Ehe- oder Familienberatungsstelle	51
V.	Massnahmen	52
D	Schranken der richterlichen Anordnungen	53
I.	Vorbemerkungen	53
II.	Die Befürworter der Beschränkungsklausel	53
III.	Die Gegner der Beschränkungsklausel	54
IV.	Analyse der Argumente der Befürworter und der Gegner der Beschränkungsklausel	56
1.	Bemerkungen zu den Ansichten der Befürworter	56
2.	Bemerkungen zu den Ansichten der Gegner	57
V.	Schlussbemerkungen	58

§ 9	Geldleistungen während des Zusammenlebens: Unterhalt der Familie	59
A	Vergleich zwischen dem alten und dem neuen Recht	59
B	Die gesetzliche Grundlage für den Unterhalt der Familie	60
I.	Grundsätze	60
1.	Häusliche Gemeinschaft	60
2.	Gemeinsame Sorge	61
3.	Proportionalität der Belastung	61
4.	Verständigung über den Beitrag	62

II.	Der gegenständliche Inhalt des Unterhalts der Familie	63
	1. Grundsatz	63
	2. Die einzelnen Faktoren des Unterhalts der Familie	63
III.	Das Mass des Unterhalts	66
IV.	Die Art der Beitragsleistungen an den Unterhalt der Familie	67
	1. Vorbemerkungen	67
	2. Geldleistungen	68
	a) Aus Erwerbstätigkeit	68
	b) Aus Vermögen	68
	c) Das Haushaltgeld	69
	d) Das Taschengeld	70
	3. Arbeitsleistungen	71
	a) Vorbemerkungen	71
	b) Haushaltsführung	72
	c) Kinderbetreuung	74
	aa) Einleitung	74
	bb) Pflege und Erziehung der Kinder	75
	cc) Die Aufsichtspflicht über die Kinder	76
	dd) Die gesetzliche Vertretung des Kindes	77
	ee) Schlussbemerkungen	78
C	Die Funktion des Eheschutzrichters in Art. 173 Abs. 1 ZGB	78
	I. Einigkeit der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung - Uneinigkeit bezüglich der Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie	78
	1. Altes Recht	78
	2. Neues Recht	79
	3. Die richterliche Kompetenz in Art. 173 Abs. 1 im Vergleich zur Kompetenz in Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB	80
	II. Uneinigkeit der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung - Uneinigkeit bezüglich der Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie	81

1. Die Frage der Zuständigkeit des Eheschutzrichters für die Aufgabenteilung	81
a) Vorbemerkungen	81
b) Die Erwägungen der Expertenkommission und die Auslegung des Gesetzes	81
c) Meinungen aus der Praxis	82
d) Fazit	84
2. Uneinigkeit der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung und der Geldbeiträge seit der Eheschliessung	84
a) Ausgangslage	84
b) Möglichkeiten des Eheschutzrichters	85
3. Uneinigkeit der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung und der Geldbeiträge als Folge veränderter Umstände	86
a) Ausgangslage	86
b) Die grundsätzliche Frage nach dem "ius variandi"	87
aa) Die Rechtslage in Deutschland	87
bb) Die Rechtslage in der Schweiz	89
c) Schlussbemerkungen	90
III. Probleme des Eheschutzrichters bei Uneinigkeit der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung	91
1. Das Problem der Kongruenz bei verschiedenartigen Beitragsleistungen	91
2. Die Grenze zwischen den Erwägungen und dem Inhalt des Urteils	92
3. Die Schranken der Zumutbarkeit bei der Erwerbstätigkeit	92
a) Aufnahme einer Erwerbstätigkeit	92
b) Berufswechsel	93
4. Haushaltsführung	94

§ 10 Geldleistungen während des Zusammenlebens: Der Betrag des haushaltführenden Ehegatten	95
---	----

A Vergleich zwischen dem alten und dem neuen Recht	95
--	----

B	Die gesetzliche Grundlage für den Anspruch des haushaltführenden Ehegatten (Art. 164 ZGB)	95
I.	Die Voraussetzungen des Anspruchs	95
II.	Die Eigenart des Anspruchs	97
III.	Der Umfang des Anspruchs	98
C	Die eheschutzrichterliche Massnahme in Art. 173 Abs. 2 ZGB	101
I.	Die Bedeutung der Massnahme in der Praxis	101
II.	Das Verhältnis zwischen Art. 173 Abs. 2 und Abs. 1 ZGB	102
III.	Schlussbemerkung	102
§ 11	Entzug der Vertretungsbefugnis	102
A	Vergleich zwischen dem alten und dem neuen Recht	102
B	Die Vertretungsbefugnis der Ehegatten im alten und im neuen Recht	103
I.	Vorbemerkung	103
II.	Die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft im alten Recht	103
III.	Die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft im neuen Recht	104
C	Der Entzug der Vertretungsbefugnis	105
I.	Die Voraussetzungen des Entzugs	105
1.	Ueberschreitung der Vertretungsbefugnis	105
2.	Unfähigkeit zur Ausübung der Vertretungs- befugnis	105
3.	Begehren	106
II.	Die Arten des Entzugs	106
1.	Vollständiger Entzug der Vertretungsbefugnis	106
2.	Teilweiser Entzug der Vertretungsbefugnis	106
III.	Die Mitteilung des Entzugs an Dritte	107
1.	Durch den Ehegatten	107
2.	Durch den Eheschutzrichter	107
IV.	Die Wirkungen des Entzugs	107

§ 12	Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes	108
A	Vergleich zwischen dem alten und dem neuen Recht	108
I.	Gründe für die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes	108
II.	Regelung des Getrenntlebens	109
B	Gründe für die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes	110
I.	Ernstliche Gefährdung	110
II.	Gefährdung der Persönlichkeit	110
III.	Gefährdung der wirtschaftlichen Sicherheit	111
IV.	Gefährdung des Wohls der Familie	112
V.	Unmöglichkeit des Zusammenlebens	113
C	Regelung des Getrenntlebens	114
I.	Vorbemerkungen	114
II.	Unterhaltsbeiträge	114
III.	Wohnung und Hausrat	115
IV.	Gütertrennung	115
V.	Unmündige Kinder	116
§ 13	Die Stellung des Eheschutzrichters gegenüber den Kindern	117
A	Vergleich zwischen dem alten und dem neuen Recht	117
B	Die Bestimmungen über die Wirkungen des Kindes- verhältnisses als Rahmen für die Kompetenzen des Eheschutzrichters	118
I.	Vorbemerkungen	118
II.	Die Zuteilung der Obhut bzw. elterlichen Gewalt	118
III.	Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge	120
IV.	Regelung des persönlichen Verkehrs	121
C	Die Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 ff. ZGB	122
I.	Vorbemerkungen	122
II.	Der Begriff der Kindesschutzmassnahme	122

III.	Ueberblick über die Kindesschutzmassnahmen	123
1.	Die vormundschaftsbehördliche Aufsicht gemäss Art. 307 ZGB	123
2.	Die Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB	123
3.	Die Aufhebung der elterlichen Obhut gemäss Art. 310 ZGB	124
4.	Die Entziehung der elterlichen Gewalt gemäss Art. 311/312 ZGB	125
IV.	Die Zuständigkeit zur Anordnung von Kindes- schutzmassnahmen im eherechtlichen Verfahren	126
1.	Im Ehescheidungsverfahren	126
2.	Im Eheschutzverfahren	126
a)	Altes Recht	126
b)	Neues Recht	130
D	Situation und Bedürfnisse des Eheschutzrichters in der Praxis bei Anordnungen betreffend unmündiger Kinder	131
I.	Vorbemerkungen	131
II.	Das Eheschutzverfahren als summarisches Verfahren	132
III.	Die vormundschaftlichen Behörden und ihre Zuständigkeit zur Anordnung von Kindesschutz- massnahmen im Eheschutzverfahren	133
IV.	Die Problematik der Abgrenzung der Kindes- schutzmassnahmen gegenüber den Massnahmen des Eheschutzrichters im Rahmen von Art. 176 Abs. 3 ZGB	134
1.	Die Qualifikation der Regelung des Besuchs- rechts als Kindesschutzmassnahme	134
2.	Die Qualifikation der Zuteilung der elter- lichen Gewalt als Kindesschutzmassnahme	135
3.	Die Qualifikation der Zuweisung der Obhut	136
4.	Schlussfolgerung	137
V.	Die gesetzliche Regelung in Art. 315a ZGB	137
E	Aenderungsvorschlag zum neuen Art. 176 Abs. 3 ZGB	138

§ 14	Die Anweisung an die Schuldner	139
A	Vergleich zwischen dem alten und dem neuen Recht	139
B	Voraussetzungen der Anweisung	140
C	Wirkungen der Anweisung	140
§ 15	Beschränkung der Verfügungsbefugnis	141
A	Vergleich zwischen dem alten und dem neuen Recht	141
B	Entstehungsgeschichte von Art. 178 ZGB	141
C	Voraussetzungen der Beschränkung der Verfügungsbefugnis	143
I.	Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie	143
II.	Gefahr der Nichterfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung aus der ehelichen Gemeinschaft	143
III.	Art. 178 ZGB als "ultima ratio"	144
IV.	Begehren	144
V.	Die Voraussetzungen der Beschränkung der Verfügungsbefugnis im Eheschutzverfahren im Vergleich zum Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsprozess	145
D	Die sichernden Massnahmen	145
E	Die Grundbuchsperr	146
I.	Vorbemerkungen	146
II.	Der Begriff	147
III.	Die Grundbuchsperr im Ehescheidungsprozess	147
1.	Die Gerichtspraxis im Kanton Zürich	147
2.	Die Rechtsprechung des Bundesgerichts	148
3.	Schlussbemerkungen	150
IV.	Die Grundbuchsperr im Eheschutzverfahren	150
1.	Die Rechtslage im alten Recht	150
2.	Die Rechtslage im neuen Recht	152
a)	Die Qualifikation von Art. 178 Abs. 3 ZGB als Verfügungsbeschränkung	152
b)	Die Qualifikation von Art. 178 Abs. 3 ZGB als Grundbuchsperr	153

3. Teil	Kritische Würdigung	155
§ 16	Die Mängel des alten Gesetzes und ihre Behebung im neuen Gesetz	156
A	Vorbemerkungen	156
B	Schutz der ehelichen Gemeinschaft und Schutz der Persönlichkeit der Ehegatten	156
I.	Formeller Mangel	156
II.	Materieller Mangel	157
C	Stellenwert des Art. 169 ZGB	157
D	Die Beschränkungsklausel in Art. 169 Abs. 2 ZGB	158
E	Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes	158
I.	Die Berechtigung zum Getrenntleben	158
II.	Die Gründe	159
1.	Die Gefährdung des wirtschaftlichen Auskommens	159
2.	Die Gefährdung des guten Rufes	160
F	Der Anspruch der Ehefrau auf Haushaltgeld	160
§ 17	Kritische Bemerkungen zu ausgewählten Problemen im neuen Gesetz	161
A	Vorbemerkungen	161
B	Geldleistungen während des Zusammenlebens	162
I.	Unterhalt der Familie	162
II.	Der Anspruch des haushaltführenden Ehegatten	164
C	Die Stellung des Eheschutzrichters gegenüber den Kindern	165
D	Schlussbemerkung	167
	Zusammenfassung	169

LITERATURVERZEICHNIS

Wo sich kein besonderer Hinweis findet, werden die angeführten Werke mit den blossen Verfassernamen und der entsprechenden Seite bzw. Note zitiert.

Bergerfurth Bruno, Das Eherecht, 6. Auflage, Freiburg i. Br. 1981

Bosch F.W., Die Neuordnung des Eherechts ab 1. Juli 1977 - eine grundsätzliche Betrachtung, FamRZ 1977, S. 569 ff.

Braunschweig R., Die Schlüsselgewalt nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1946

Bretscher Susanne, Die Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten nach geltendem Recht sowie nach Vorentwurf der Expertenkommission für die Revision des Familienrechts, Diss. Basel 1979

Bühler Alfred, Ehetrennung und Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes, Diss. Zürich 1969

Bühler Walter/Spühler Karl, Berner Kommentar Band II/1: Das Familienrecht, Die Ehescheidung, Art. 137 - 158 ZGB, 3. Auflage, Bern 1980

Deschenaux Henri/Petitpierre Gilles, Vers une réforme du droit du mariage, ZBGR 56/1975, S. 138 ff.

Di Bisceglia Carlo Alberto, Die Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307, 308 und 310 ZGB und ihre einschränkende Wirkung auf die elterliche Gewalt, Diss. Basel 1979

Duss-von Werdt, Sich selber sein - Widerspruch zur Partnerschaft? in:
Die Schweiz im Jahr der Frau, Kongressbericht, Zürich 1975, S.
20

Egger August, Zürcher Kommentar Band II/1: Das Familienrecht, das
Eherecht, Art. 90 - 251 ZGB, 2. Auflage, Zürich 1936

Gernhuber Joachim, Die geordnete Ehe, FamRZ 1979, S. 193 ff.

Gianola Helene, Die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Richter und
vormundschaftlichen Behörden bei Massnahmen zum Schutze der
Person des Kindes, Diss. Basel 1980

Gmür Max, Berner Kommentar Band II/1: Familienrecht, Das Eherecht,
Art. 90 - 251 ZGB, 2. Auflage, Bern 1923

Graf Rolf, Der Eheschutz nach Art. 169 - 172 ZGB unter besonderer
Berücksichtigung der Praxis der Kantone Basel-Stadt und Zürich,
Diss. Basel 1978

Hausheer Heinz, Zur Revision des Ehe- und Ehegüterrechts, BJM 1977,
S. 217 ff.

Hegnauer Cyril, Grundriss des Eherechts, Bern 1979 (zit. Hegnauer,
Eherecht)

ders., Grundriss des Kindesrechts, 2. Auflage, Bern 1983 (zit.
Hegnauer, Kindesrecht)

ders., Der Entwurf des neuen Eherechts, SJZ 76/1980, S. 69 ff.

ders., Kindeszuteilung und Besuchsrecht als Aufgaben der Gesetzge-
bung, in: Kindeszuteilung; Richter, Anwälte, Gutachter, Aerzte,
Sozialarbeiter und Familienberater im Gespräch, S. 141 ff., Insti-
tut für Ehe und Familie, Zürich 1985 (zit. Hegnauer, Kindeszutei-
lung)

ders., Der Richter im neuen Eherecht, NZZ Nr. 210 vom 11. September 1985, S.35

ders., Kann die Vormundschaftsbehörde nach dem Tod des im Scheidungsurteil bestimmten Inhabers der elterlichen Gewalt diese dem überlebenden Elternteil übertragen? (Art. 315a Abs. 3 ZGB), ZVW 1981, S. 15 ff.

Henkel Helmut Ernst, Die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 rev. ZGB, Diss. Zürich 1977

Hildebrand Walter, Massnahmen zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft, in: Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht, S. 133 ff., St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1965, Bern 1965

Hochuli Willy, Verfügungsbeschränkung und Kanzleisperre, ZBGR 48/1967, S. 129 ff.

Jorio Tino, Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht, Diss. Freiburg 1977

Kehl Robert, Hat sich das schweizerische Eheschutzrecht bewährt? SJZ 74/1978, S. 326 ff.

ders., Die Familienrechtsreform, ZSR 86/1967 1. Halbband, S. 147 ff.

ders., Praxis zum schweizerischen Ehescheidungsrecht, Teile III und IV, Art. 144 und 145 ZGB, 2. Auflage, Zürich 1963 (zit. Kehl, Praxis)

Kehl Dietrich, Die Obhut als Institut des Familienrechts, Diss. Zürich 1974

Keller Max, Die Empfehlungen des Jugendamtes des Kantons Zürich zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder, SJZ 73/1977, S. 181 ff.

- Lemp Paul**, Berner Kommentar Band II/1: Das Familienrecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Das Güterrecht der Ehegatten, Art. 159 - 251 ZGB, 3. Auflage, Bern 1968
- Leuenberger Hans Rudolf**, Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft, Diss. Bern 1944
- Lüchinger Hans Georg**, Der Unternehmer und das neue Eherecht, NZZ Nr. 271 vom 20. November 1984, S. 33 f.
- Lüscher Kurt**, Frauen zwischen Familie und Erwerb, Streiflichter auf die schweizerische Volkszählung 1980, NZZ Nr. 185 vom 13. August 1985, S. 25
- Nabholz Lili**, Frauenfragen, Neues Eherecht - ein Argumentenkatalog, Heft Nr. 1/1985, Bern 1985 (zit. Nabholz, Frauenfragen)
- Oftinger Karl**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, 3. Auflage, Zürich 1970 (zit. Oftinger, Haftpflichtrecht)
- Rebmann Kurt**, Münchner Kommentar Band 5: Familienrecht, §§ 1297 - 1921, Ehegesetz, München 1978 (zit. Münchner Kommentar)
- Riemer Hans Michael**, Bundesgerichtspraxis zum Personenrecht des ZGB, Bern 1979 (zit. Riemer, Bundesgerichtspraxis)
- ders.**, Zur Frage der Zulässigkeit von Grundbuchsperrern, ZBGR 57/1976, S. 65 ff.
- Roth-Stielow Klaus**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 46. Lieferung, §§ 1353 - 1360 b, Berlin und New York 1981
- Spühler Karl**, Der neue Eheschutz, Vortrag an der Hochschule St. Gallen, 29. November 1983 (zit. Spühler, Vortrag HSG)

Stoffel W.A., Die Eherechtsreformen im Ausland, NZZ Nr. 205 vom 5. September 1985, S. 35

Sträuli Hans/Messmer Georg, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 1982

Troesch Max, Ehenot - Eheschutz, Referat im bernischen Gerichtspräsidentenverband, ZBJV 89/1953, S. 214 ff.

Winzeler Hans, Die Bemessung der Unterhaltsbeiträge für Kinder, Diss. Zürich 1974

MATERIALIEN

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, BBl 1979 II 1205 ff. (zit. Botschaft)

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung

Ständerat 1981 S. 56 ff; 1984 S. 124 - 134, 591

Nationalrat 1983 S. 623 - 662; 1984 S. 1040 - 1044, 1458

(zit. Amtl.Bull.SR/Amtl.Bull.NR)

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Nationalrat und Ständerat)
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich (vom 18. August 1896)
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes (Amtliche Sammlung)
BJM	Basler juristische Mitteilungen
Botschaft	Botschaft des Bundesrates über die Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht vom 11. Juli 1979)
BüG	Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (vom 29. September 1952)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (vom 29. Mai 1874)
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
f./ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Bielefeld
i.S.	im Sinne
m.E.	meines Erachtens
N.	Note
Nr.	Nummer
OR	BG über das Obligationenrecht, (vom 30. März 1911/18. Dezember 1936)
Pr	Praxis des Bundesgerichtes, Basel
S.	Seite
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889/28. September 1949
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich 1904 ff.)

StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (vom 21. Dezember 1937)
VE	Gesetzesentwurf der Expertenkommission für die Revision des Familienrechts für eine Aenderung des Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen und Ehegüterrecht) von 1976
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (vom 10. Dezember 1907)
ZPO	Zürich: Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976)
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich 1902 ff.)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen

§ 1 EINLEITUNG

A GEGENSTAND DER ARBEIT

Die Arbeit beleuchtet die Stellung und Funktion des Eheschutzrichters gegenüber der Familie im neuen Recht. Dabei werden die richterlichen Massnahmen im einzelnen besprochen. Im besonderen wird die Funktion des Eheschutzrichters gegenüber den unmündigen Kindern der Ehegatten analysiert¹.

Grundsätzlich bilden die Art. 172 bis 178 ZGB unter dem Marginale "Schutz der ehelichen Gemeinschaft/Richterliche Massnahmen" den Inhalt dieser Arbeit. Auf andere gesetzliche Bestimmungen innerhalb des 5. Titels des Zivilgesetzbuches wird nur insofern eingegangen, als sie die Grundlage für eine Massnahme des Eheschutzrichters darstellen und in engem Zusammenhang mit dieser stehen. So ist es beispielsweise bei der neuen Kompetenz des Eheschutzrichters in Art. 173 Abs. 1 ZGB, während des Zusammenlebens der Ehegatten die Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie festzusetzen, unumgänglich, das Prinzip der gemeinsamen Verantwortung der Ehegatten für den Unterhalt der Familie zu besprechen (Art. 163 ZGB).

Eine rechtsvergleichende Darstellung zwischen dem alten und dem neuen Eheschutzrecht erfolgt im zweiten Teil der Arbeit, jeweils am Anfang eines Paragraphen.

Nicht behandelt werden die Zuständigkeitsordnung, das Eheschutzverfahren und die Rechtsmittel². Da die Arbeit einen Beitrag zum praktischen Alltag des Eheschutzrichters leisten soll, wird auf ein

¹ Vgl. § 13.

² Vgl. dazu Diss. Graf 189 ff.

einleitendes Kapitel über die geschichtliche Entwicklung des Eheschutzes verzichtet³.

B AUFBAU DER ARBEIT

Die Arbeit besteht aus drei Teilen.

Ausgangspunkt und gleichzeitig erster Teil der Arbeit ist das Eheschutzrecht von 1907. Dessen Kenntnis ist eine unabdingbare Voraussetzung für das bessere Verständnis des neuen Rechts.

Der zweite Teil der Arbeit ist der umfassendste. Hier werden die Massnahmen des Eheschutzrichters im neuen Recht behandelt, wobei die Systematik des Gesetzes übernommen wird. Demnach stehen die richterlichen Massnahmen im allgemeinen am Anfang, gefolgt von den Massnahmen während des Zusammenlebens und bei Aufhebung des gemeinsamen Haushalts der Ehegatten. Den Schluss bilden zwei Massnahmen, welche sowohl während des Zusammenlebens als auch während des Getrenntlebens der Ehegatten angeordnet werden können.

Infolge einer beachtlichen Zunahme des Umfangs des neuen Rechts im Vergleich zum alten Recht ist es angezeigt, innerhalb des zweiten Teils der Arbeit Schwerpunkte zu setzen. Folgende gesetzliche Bestimmungen sind deshalb ausführlicher als andere dargestellt:

- Art. 173 Abs. 1 ZGB: Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie
- Art. 176 Abs. 3 ZGB: Stellung des Richters gegenüber unmündigen Kindern
- Art. 178 ZGB: Beschränkung der Verfügungsbefugnis

Der zweite Teil der Arbeit beinhaltet auch eine rechtsvergleichende Darstellung zwischen altem und neuem Recht. Schliesslich kommen die Hintergründe und Zielsetzungen der Revision des Eherechts zur Sprache.

³ Vgl. dazu Diss. Graf 1 - 33; Diss. Leuenberger 4 - 51.

Im dritten Teil der Arbeit wird das neue Eheschutzrecht einer kritischen Würdigung unterzogen.

C VORGEHEN

Die Vertiefung in ein neues Gesetz ist wie eine Reise durch ein unbekanntes Land. Man ist auf die Hilfe von "Einheimischen" angewiesen. Die Erläuterungen zum neuen Eheschutzrecht in der Botschaft und das Bulletin über die Verhandlungen der eidgenössischen Räte geben für eine Dissertation zu wenig her. Erst die eingehende Diskussion des neuen Gesetzes mit Fachleuten, Oberrichtern, Mitgliedern der Expertenkommission und der Kontakt zur Sektion ZGB im Justiz- und Polizeidepartement machten diese Arbeit möglich.

D GESCHICHTE DER REVISION DES EHERECHTS

Vorentwurf der Expertenkommission (1976)

Vernehmlassung bei den Kantonen(1976/1977)

Uebersarbeitung des Vorentwurfs(1977/1978)

Botschaft des Bundesrates (11. Juli 1979)

Beratung in den eidgenössischen Räten (1979 - 1984)

Gesetzesvorlage (5. Oktober 1984)

Referendum gegen das neue Eherecht (14. Januar 1985)

Volksabstimmung (22. September 1985): Annahme der Gesetzesvorlage mit 921593 Ja- gegenüber 762962 Nein-Stimmen

Inkrafttreten des Gesetzes (1. Januar 1988)

1. TEIL
STELLUNG UND FUNKTION DES EHESCHUTZRICHTERS
NACH DEM RECHT VON 1907

§ 2 DIE ALLGEMEINEN VORAUSSETZUNGEN FÜR EIN VERFAHREN VOR DEM EHESCHUTZRICHTER

A VORBEMERKUNG

Hilfe durch den Eheschutzrichter dürfen die Ehegatten nur auf Begehren erwarten. Er handelt nie von Amtes wegen⁴. Die Parteien müssen verheiratet sein. Der Art. 169 ZGB ist gegenüber den folgenden Bestimmungen des Gesetzes *lex generalis*⁵.

B PFLICHTVERGESSENHEIT

Pflichtvergessenheit gegenüber der Gemeinschaft ist die andauernde schuldhafte Verletzung der sich aus der Ehe ergebenden Rechte und Pflichten. Ob eine Ehestörung vorliegt, muss der Richter in Berücksichtigung aller objektiven und subjektiven Umstände für jeden konkreten Einzelfall untersuchen⁶. Der Begriff "Gemeinschaft" schliesst die Kinder ein. Nachlässigkeiten gegenüber den Kindern beeinträchtigen das Wohl der Gemeinschaft und stellen gleichzeitig eine Pflichtvergessenheit dar.

Da die aus dem Wesen der Ehe abgeleiteten Rechte und Pflichten äusserst vielseitig sind, ergeben sich viele Arten des Missbrauchs bzw. der Pflichtvergessenheit. Zur Veranschaulichung mögen folgende Beispiele dienen:

Die Ehegatten sind verpflichtet, das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren (Art. 159 Abs. 2 ZGB). Trifft ein Ehegatte wichtige Entscheide ohne Einverständnis seines Partners oder entfaltet eine Ehefrau mit Kleinkindern eine übertriebene berufliche Tätigkeit, so wird das Wohl der Gemeinschaft gestört.

⁴ Gmür Art. 169 N.14; Lemp Art. 169 N.4.

⁵ ZR 69/1970 Nr. 4.

⁶ BGE 78 II 293.

Die Ehepartner schulden einander Treue und Beistand (Art. 159 Abs. 3 ZGB). Ungerechtfertigtes Misstrauen oder Eifersucht beeinträchtigen die Treuepflicht. Bei der Beistandspflicht geht es darum, dass sich ein Ehegatte mit den Problemen des andern befasst und ihm mit Rat und Tat beisteht.

Der Ehemann ist das Haupt der Gemeinschaft (Art. 160 Abs. 1 ZGB). Pflichtvergessen ist die Ehefrau, wenn sie sich weigert, dem Ehemann in die von ihm ausgewählte Wohnung zu folgen oder eine Berufstätigkeit ausübt trotz Verbot des Ehemannes. Dieser Artikel wurde im neuen Recht zugunsten einer partnerschaftlichen Lösung gestrichen⁷.

Die Ehefrau führt den Haushalt (Art. 161 Abs. 3 ZGB). Ist sie abhängig von häuslichen Anordnungen des Mannes, so wird ihr Recht beeinträchtigt. Missbraucht sie die Schlüsselgewalt, macht sie sich einer Pflichtverletzung schuldig.

Die Ehegatten haben auch einen Anspruch auf Beseitigung gemeinschaftswidriger Zustände. So kann ein Ehegatte den Richter anrufen, wenn sich sein kranker Partner weigert, einen Arzt aufzusuchen.

C GEFAHR, SCHANDE, SCHADEN

Die Wirkung einer bestimmten Handlungsweise steht als Voraussetzung alternativ im Gesetz. Ein Verschulden ist nicht erforderlich. Eine unverschuldete Gefährdung infolge Krankheit oder Urteilsunfähigkeit ist denkbar⁸.

⁷ Vgl. neues Recht Art. 162 (Gemeinsame Wohnung) und Art. 167 (Beruf und Gewerbe der Ehegatten).

⁸ Egger Art. 169 N.5.

I. GEFAHR

Die Nachstellung nach dem Leben, Misshandlungen, ansteckende Krankheiten oder Geschlechtsverkehr mit Dritten bringen einen Ehegatten in Gefahr. Ebenso können die Vernachlässigung der Unterhaltungspflicht oder ein Wohnungswechsel eine Gefahr für die Gesundheit eines Ehegatten bedeuten⁹.

II. SCHANDE

Die Voraussetzung der Schande liegt vor bei Ehebruch, schwerer Ehrenkränkung, entehrendem Verbrechen, unehrenhaftem Lebenswandel, Verkehr mit übel beleumdeten Personen oder Offenbarung von Familienangelegenheiten in der Öffentlichkeit. Die Voraussetzungen für eine Scheidungsklage gemäss Art. 137 bis 139 ZGB können, müssen aber nicht erfüllt sein. Weniger weitgehende Verletzungen wie Beleidigungen oder Herabsetzung in der Gesellschaft genügen auch¹⁰.

III. SCHADEN

Der Gesetzgeber hat hauptsächlich an eine Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz gedacht. So gefährdet die Ehefrau die Existenz ihres Mannes, indem sie den Haushalt vernachlässigt oder die Schlüsselgewalt überschreitet. Andererseits bringt der Ehemann seine Frau in Gefahr, wenn er kein Haushaltgeld bezahlt oder ihr die Bewilligung zu einer Berufstätigkeit verweigert.

⁹ Lemp Art. 169 N.7.

¹⁰ Egger Art. 169 N.4.

D SCHRANKEN BEI DER ANRUFUNG DES EHESCHUTZRICHTERS

Wie wir gesehen haben, ist das Spektrum von Pflichtvergessenheiten oder gefährdenden Handlungen enorm gross¹¹. So besteht die Gefahr, dass Ehegatten infolge unbedeutender Unstimmigkeiten im ehelichen Alltag den Richter angehen. Der Gesetzgeber wollte mit Art. 169 ZGB sicher keine Türen für eheunfähige, egoistische, autoritäre Partner öffnen. Leuenberger meint, es entspreche dem sittlichen Wesen der Ehe, dass jeder Ehegatte sich mit den kleinen Schwächen des andern abfinde und sie ertrage in der Gewissheit, dass auch er dem anderen Schwierigkeiten bereite, und dass das Entgegenkommen und das Dulden der Schwächen und Fehler des andern erst die rechte eheliche Gemeinschaft ausmachen¹². Die eheliche Gemeinschaft benötigt nur dann richterlichen Schutz, wenn sie ernstlich gefährdet ist. Schwere, unabwendbar zur Scheidung führende Verfehlungen müssen im Eheschutzverfahren möglichst verhindert werden. Nicht die Feststellung der Wahrscheinlichkeit einer Wiedervereinigung, sondern die Verhütung weiteren Schadens ist oberstes Ziel des Eheschutzverfahrens.

§ 3 DIE MAHNUNG

A VORAUSSETZUNGEN

Gemäss Art. 169 Abs. 1 ZGB werden entweder Pflichtvergessenheit oder eine bestimmte Handlungsweise eines Ehegatten gegenüber der Gemeinschaft bzw. dem andern Ehegatten für das richterliche Mahnverfahren vorausgesetzt¹³. Die Abgrenzung zwischen effektiven Unstimmigkeiten, welche eine Gefahr für eine Ehe darstellen, und sonstigen Kleinigkeiten ist oft schwierig. Eine Kleinigkeit kann für die betreffende Ehe von wesentlicher Bedeutung sein, denn sie ist vielleicht die sichtbare Stelle einer viel tiefer sitzenden ernsthaften Wunde. Auch ist zu

¹¹ Vgl. § 2 B/C.

¹² Diss. Leuenberger 74.

¹³ Vgl. § 2.

bedenken, dass die Eheleute ihre eigenen Probleme nie als Kleinigkeiten ansehen, wenn sie sich schon zu einer Klage entschlossen haben¹⁴. Deshalb ist es wenig sinnvoll, stur an den gesetzlichen Voraussetzungen festzuhalten oder einen abschliessenden Katalog von Pflichtvergessenheiten aufzustellen.

B INHALT DER MAHNUNG

Der Richter ist weitgehend frei¹⁵. An ihm liegt es, die Umstände in jeder Ehe von Grund auf zu beurteilen und nach geduldigem Zuhören pflichtwidriges Verhalten oder Fehler den Ehegatten möglichst einleuchtend vor Augen zu führen.

Das Spektrum der Ermahnungen ist gross. So wird der Richter beispielsweise den fehlbaren Ehegatten auffordern, das eheliche Zusammenleben wieder aufzunehmen¹⁶, einen Arzt aufzusuchen, der Ehefrau ein angemessenes Haushaltgeld zu bezahlen oder den Verkehr mit den Kindern zu ermöglichen¹⁷. Vielfach wird auch ein treffender Zuspruch für jeden Ehegatten nötig sein, denn selten ist einer allein fehlbar.

C WIRKUNGEN DER MAHNUNG

Vor dem Eheschutzrichter öffnen die Ehegatten zum Teil die Schleusen. Aufgestaute Bitterkeit und Feindseligkeiten treten offen zu Tage¹⁸. Ein Eingeständnis vor dem Richter fällt vielen schwer.

¹⁴ Hildebrand 147.

¹⁵ Das ist insofern eine Besonderheit, als der Eheschutzrichter bei andern Massnahmen streng an das Gesetz gebunden ist.

¹⁶ ZR 28/1929 Nr. 41.

¹⁷ ZR 72/1973 Nr. 46.

¹⁸ Diss. Leuenberger 83.

Die Wirkungen der richterlichen Mahnung hängen teilweise mit der Wesensart der betroffenen Ehegatten, grösstenteils aber mit der Persönlichkeit des Richters zusammen. Einfühlungsgabe, psychologisches Verständnis, Lebenserfahrung, Anpassungsfähigkeit und Gewissenhaftigkeit sollten beim Richter anzutreffen sein, damit eine Mahnung von Erfolg gekrönt wird. Burckhardt warnte davor, die Mahnung als "pastoral" zu belächeln. Er wies darauf hin, dass sie sehr fruchtbar sein könne, wenn der Eheschutzrichter das Vertrauen der Eheleute geniesse¹⁹. Dennoch sind die Wirkungen nicht immer positiv. Das Gesetz erwähnt die fruchtlose Mahnung und stellt für diese Fälle weitere richterliche Massnahmen zur Verfügung. Die Gelegenheit zu einer offenen Aussprache unter den Ehegatten und der Respekt vor einem fähigen Richter haben oft mehr Erfolg als man glaubt. Deshalb hat die Mahnung wieder ihren Platz im neuen Recht gefunden. Wir werden später darauf zurückkommen²⁰.

D DIE FORM

Gemäss ständiger Gerichtspraxis erfolgt die Mahnung grundsätzlich mündlich. Sie kann aber in gewissen Fällen schriftlich abgegeben oder zugestellt werden. Zurückhaltung mit der Schriftform ist geboten, da die Gefahr besteht, dass der ermahnte Ehegatte mit einem solchen Schriftstück von andern bei jeder sich bietenden Gelegenheit gedemütigt oder unter Umständen im Bekanntenkreis lächerlich gemacht wird.

¹⁹ Hildebrand 143.

²⁰ Vgl. § 8 C II.

§ 4 AUFHEBUNG DES GEMEINSAMEN HAUSHALTES

A VORBEMERKUNGEN

Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ist im Alltag des Eheschutzrichters die bedeutendste²¹ und für die Ehegatten die das eheliche Verhältnis am stärksten tangierende Massnahme. Es sind weitgehende Uebereinstimmungen zwischen dem alten Recht (Art. 170 ZGB) und der Gerichtspraxis einerseits sowie dem neuen Recht (Art. 175/176 ZGB) anderseits festzustellen. Deshalb ist es m.E. gerechtfertigt, wenn die Darstellung dieser Massnahme nicht nur innerhalb des ersten Teils, sondern im Rahmen der gesamten Arbeit ausführlich erfolgt. Die spätere Abhandlung des neuen Rechts wird dadurch wesentlich erleichtert²².

B VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE AUFHEBUNG DES GEMEINSAMEN HAUSHALTES

I. VORBEMERKUNGEN

Der Schutz der Persönlichkeit eines Ehegatten steht gemäss Gesetz im Vordergrund. Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft ist sekundär²³. Im Unterschied zur gerichtlichen Trennung will die eheschutzrichterliche Trennung die Ehegatten aussöhnen und während der Trennungszeit den Wunsch nach Wiedervereinigung wecken.

²¹ Am Bezirksgericht Zürich erliess der Eheschutzrichter im Jahre 1984 total 424 Verfügungen. Davon betrafen 222 die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes.

²² Vgl. § 12.

²³ Vgl. § 16 B; Diss. Leuenberger 93.

Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes nach Art. 170 ZGB wird unter anderen Voraussetzungen ausgesprochen als die Ehescheidung bzw. Ehetrennung. Dies entspricht der Systematik des Gesetzes, wonach die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes nicht "le petit divorce" ist. Eine Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes im Eheschutzverfahren ist grundsätzlich auch möglich, wenn der Ehescheidungsrichter im unmittelbar vorausgegangenen Verfahren die Fortsetzung der Ehe als nicht unzumutbar anerkannt hat²⁴.

II. DIE GESETZLICHEN VORAUSSETZUNGEN

1. Ernstliche Gefährdung

Die Ursache der Gefährdung muss durch das Zusammenleben bedingt sein²⁵. Das Gesetz gibt bezüglich der Schwere der Gefährdung keine Richtlinien. Jede beliebige Gefährdung eines Ehegatten genügt nicht, sie muss von ernsthafter Natur sein. Ob die Gefährdung ernstlich ist, hängt von der Schwere der drohenden Beeinträchtigung ab, nicht davon, ob die Beeinträchtigung nahe liegt²⁶. Der Richter muss die persönlichen Verhältnisse und die Eigenart beider Ehegatten bei der Beurteilung des Grades der Gefährdung berücksichtigen. Die Mannigfaltigkeit und Vielgestaltigkeit der Ehwirklichkeit verbietet, schematische oder formalistische Kriterien anzuwenden²⁷.

2. Gefährdung der Gesundheit

Die Gesundheit eines Ehegatten kann durch Drohungen, Tätlichkeiten oder Misshandlungen gefährdet werden. Die Anforderungen von Art. 138 Abs. 1 ZGB im Ehescheidungsrecht sind strenger und müssen nicht erfüllt sein. Nicht nur physische, sondern auch psychische Krankheiten eines Ehegatten vermögen die Gesundheit des andern zu

²⁴ BGE 86 II 307; BGE 85 II 300 f.

²⁵ BGE 79 II 128 f.

²⁶ Lemp Art. 170 N.4.

²⁷ Diss. Bühler 30.

beeinträchtigen²⁸. Oft ist der Eheschutzrichter auf einen ärztlichen Bericht als Grundlage für seinen Entscheid angewiesen. Der gesunde Ehegatte ist erst berechtigt, getrennt zu leben, wenn er seinem Partner mit dem besten Willen nicht mehr helfen kann und er selbst Gefahr läuft, krank zu werden.

3. Gefährdung des guten Rufes

Unter dem guten Ruf ist die Ehre, Achtung und Wertschätzung zu verstehen. Eine Gefährdung des Rufes eines Ehegatten kann durch unehrenhaften Lebenswandel des andern oder durch eine schwere Pflichtverletzung gegenüber der Gemeinschaft verursacht werden. Unsittliches Vergehen an den eigenen Kindern, die Aufnahme übel beleumdeter Personen in den ehelichen Haushalt etc. stellen solche Verletzungen dar²⁹. Die Tatbestände der Beschimpfung, Verleumdung oder üblen Nachrede können nicht herangezogen werden. Im Strafrecht werden im Gegensatz zum Eheschutzrecht ein gesetzlich umschriebenes deliktisches Verhalten und ein Verschulden verlangt.

4. Gefährdung des wirtschaftlichen Auskommens

Im alten Recht dachte der Gesetzgeber grundsätzlich an eine Gefährdung des Auskommens der Ehefrau. Der Ehemann war und ist meistens abgesichert, indem er einer geregelten Berufstätigkeit nachgeht und dafür monatlich bezahlt wird. Dies zeigen die Entscheide des Bundesgerichtes. In einem Fall will ein Ehemann seiner Frau kein angemessenes Haushaltgeld bezahlen³⁰. Ein anderes Urteil betrifft einen Ehemann, der sich weigert, ein ausreichendes Salär zu erzielen³¹. Geschützt ist die wirtschaftliche Existenzgrundlage jedes Ehegatten, nicht aber der gesamte Lebensbedarf³².

²⁸ BGE 69 II 273 ff.; BGE 83 II 491 ff.

²⁹ SJZ 79/1983 Nr. 42 S. 246.

³⁰ BGE 81 III 3; BGE 84 III 5.

³¹ BGE 54 I 117 f.

³² Lemp Art. 160 N.22.

III. DIE RICHTERLICHEN VORAUSSETZUNGEN

Die Aufzählung der Gründe für die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes im Gesetz ist nicht abschliessend³³. Die Gerichtspraxis hat weitere Voraussetzungen anerkannt, welche in zwei Kategorien fallen:

1. Unmöglichkeit des Zusammenlebens

- längere Freiheitsstrafe des Ehemannes³⁴
- länger dauernde faktische Trennung³⁵
- Unkenntnis des Wohnsitzes des Ehemannes³⁶
- Weigerung des Ehemannes, eine Wohnung zu bestimmen³⁷
- Verlassung, Verstossung³⁸

2. Unzumutbarkeit des Zusammenlebens

- Bestimmung einer unangemessenen Wohnung³⁹
- Vorbehaltlose Zurücknahme aller Lügen: Für die Ehefrau ist es unzumutbar, in die eheliche Wohnung zurückzukehren, wenn der Ehemann von ihr verlangt, alle ihre bestrittenen Unwahrheiten bedingungslos zurückzunehmen⁴⁰.
- Lebensgemeinschaft mit einer Konkubine⁴¹

Das Kriterium der Unzumutbarkeit finden wir auch im Ehescheidungsrecht. Art. 142 Abs. 1 ZGB gestattet jedem Ehegatten, auf Scheidung zu klagen, wenn eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhält-

³³ BGE 83 II 498; Lemp Art. 170 N.1.

³⁴ SJZ 49/1953, 64.

³⁵ BGE 56 I 171.

³⁶ BGE 52 I 143.

³⁷ SJZ 34 Nr. 126.

³⁸ BGE 86 II 307.

³⁹ SJZ 41/1945, 341.

⁴⁰ BGE 56 II 338.

⁴¹ Urteil des zürch. OG vom 28.2.1963 zit. bei Kehl, Praxis Nr. 97 S. 14.

nisses eingetreten ist, dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf. Die Fortsetzung der Ehe darf nicht schon dann als unzumutbar betrachtet werden, wenn in der Ehe Schwierigkeiten auftreten, die das Einvernehmen unter den Ehegatten beeinträchtigen. Die Unzumutbarkeit darf erst bejaht werden, wenn die Aenderung des die Ehe belastenden Zustandes überhaupt ausserhalb der Willensmacht des Klägers liegt oder aber von ihm ein solches Mass an Verzicht und Selbstaufgabe fordern würde, dass darob seine Persönlichkeit verkümmern oder seine Menschenwürde leiden müsste⁴².

Währenddem im Ehescheidungsrecht die Unzumutbarkeit des Zusammenlebens im Gesetz verankert ist und strengen Voraussetzungen genügen muss, hat im Eheschutzrecht die Gerichtspraxis die Unzumutbarkeit des Zusammenlebens als Grund für die Berechtigung zum Getrenntleben bejaht, wobei die Voraussetzungen weniger streng als im Ehescheidungsrecht sind.

C DIE REGELUNG DER NEBENFOLGEN DES GETRENNTLEBENS

I. VORBEMERKUNGEN

Im alten Recht, das an dieser Stelle dargestellt werden soll, bestand eine echte Gesetzeslücke⁴³. Gemäss Art. 170 Abs. 3 ZGB konnte der Richter nur die Unterhaltsbeiträge festsetzen. Bezüglich der weiteren Nebenfolgen des Getrenntlebens wurde die Gerichtspraxis wegweisend⁴⁴. Um später Vergleiche zwischen neuem und altem Recht anstellen zu können, wählen wir für die Abhandlung des alten Rechts die Systematik, welche Eingang ins neue Recht gefunden hat (Art. 176 ZGB).

⁴² Hegnauer, Eherecht 71.

⁴³ Kehl Robert in ZSR 86/1967, 169.

⁴⁴ BGE 91 II 417.

II. UNTERHALTSBEITRÄGE

1. Grundsätzliches

Die Unterhaltspflicht des Ehemannes besteht während der ganzen Dauer der Ehe. Er hat auch während des Getrenntlebens gemäss Art. 160 Abs. 2 ZGB für Ehefrau und Kinder in gebührender Weise aufzukommen⁴⁵. Die Unterhaltspflicht besteht jedoch nicht mehr in einer umfassenden Fürsorge für sämtliche Lebensbedürfnisse der Frau und Kinder, sondern es geht nur noch um die Befriedigung der eigentlichen Lebenskosten. Mit dem Entscheid des Eheschutzrichters wird die Unterhaltspflicht zur Unterhaltsbeitragspflicht an den berechtigten Ehegatten. Der Anspruch auf Geldzahlungen wird vollstreckbar⁴⁶.

2. Voraussetzungen der Unterhaltspflicht

Die tatsächliche Leistungsfähigkeit des verpflichteten Ehegatten ist eine unerlässliche Voraussetzung für Unterhaltszahlungen⁴⁷. Es wird nicht auf das tatsächlich erzielte Einkommen abgestellt. Vielmehr wird in Betracht gezogen, was der Unterhaltspflichtige bei bestem Einsatz seiner Fähigkeiten verdienen könnte.

Die Unterhaltspflicht besteht grundsätzlich unabhängig von der finanziellen Leistungsfähigkeit des unterhaltsberechtigten Ehegatten. Dessen Bedürftigkeit ist nicht Voraussetzung. Auch eigenes Einkommen oder Vermögen des unterhaltsberechtigten Ehegatten befreien nicht von der Unterhaltspflicht des anderen Ehegatten⁴⁸.

⁴⁵ BGE 90 II 73 = Pr 53/1964 Nr. 100.

⁴⁶ Vgl. § 4 C II. 5.

⁴⁷ Lemp Art. 160 N.21.

⁴⁸ Lemp Art. 160 N.20.

3. Voraussetzungen des Anspruchs auf Unterhaltsbeiträge

a) Berechtigung zum Getrenntleben

Verlangt ein Ehegatte, dass ihm Unterhaltsbeiträge zugesprochen werden, so muss der Richter vorerst feststellen, ob die Berechtigung zur Aufhebung des ehelichen Haushaltes tatsächlich vorliegt bzw. noch immer besteht, wenn die Ehegatten bereits getrennt leben. Es gilt festzuhalten, dass entgegen dem Wortlaut von Art. 170 Abs. 3 ZGB nicht in jedem Fall Unterhaltsbeiträge festzusetzen sind, wenn die Voraussetzungen zum getrennten Wohnen vorliegen. Die Vorschrift ist zu weit gefasst. Sie gilt nicht in jenen Fällen, da die Ehefrau den Ehemann grundlos verlässt oder die Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes ohne gesetzlichen Grund verweigert⁴⁹.

b) Begehren um richterliche Festsetzung

Der Anspruch eines Ehegatten auf gebührenden Unterhalt begründet beim Getrenntleben nicht automatisch einen Anspruch auf bestimmte Geldleistungen. Vergisst der Anspruchsberechtigte, die richterliche Festlegung der Unterhaltsbeiträge zu verlangen, so wird ein Verzicht auf finanzielle Leistungen angenommen⁵⁰.

c) Parteivereinbarung

Die selbständige Betreibung von Unterhaltszahlungen, welche die Ehegatten ohne den Richter in einer Konvention vereinbart haben, ist nicht möglich⁵¹. Dabei ist unwichtig, ob das Getrenntleben zu Recht besteht oder nicht. Hingegen können im Konkurs des Ehemannes Unterhaltsbeiträge durch Verrechnung oder Kollokation geltend gemacht werden⁵².

⁴⁹ Diss. Bühler 69.

⁵⁰ BGE 52 II 331 = Pr 16/1927 Nr. 5.

⁵¹ BGE 77 III 51.

⁵² ZR 50/1951 Nr. 202.

d) Verschulden

Der Unterhaltsanspruch besteht unabhängig vom Verschulden. Der schuldlose Ehegatte kann also pflichtig, der schuldige berechtigt sein. Immerhin besteht eine Schranke, wenn ein Ehegatte seinen ehelichen Pflichten gar nicht mehr nachkommt und aus der ehelichen Beziehung nur noch vermögensrechtlich profitieren will⁵³.

4. Bemessung des Unterhaltsbeitrages

a) Grundsatz

Der Unterhaltsbeitrag ist im Rahmen der bisherigen Lebenshaltung der Ehegatten nach Leistungsfähigkeit und Bedarf des pflichtigen Teils einerseits und nach den Bedürfnissen des berechtigten Teils unter Berücksichtigung des Beitrags an die ehelichen Lasten andererseits zu bemessen⁵⁴.

b) Die Bemessungsfaktoren

Die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen ist der zentrale, bestimmende Faktor bei der Zumessung der Beiträge an den Unterhaltsberechtigten. Regelmässig hat der Richter vom Nettoeinkommen des Pflichtigen auszugehen, wobei 13. Monatslohn, Gratifikation, Ueberstunden etc. in die Berechnung einbezogen werden müssen⁵⁵. Der Lohnausweis dient dem Richter als wichtige Grundlage. Bei Selbständig-erwerbenden wird die genaue Berechnung des Nettoeinkommens oft mit Schwierigkeiten verbunden sein. Der bisherige Lebensstandard der Parteien kann als Anhaltspunkt gelten.

Ein weiterer Faktor ist der Bedarf des Pflichtigen und des Berechtigten. Es wird nicht vom gesamten Lebensbedarf, sondern nur vom betriebsrechtlichen Notbedarf, der periodisch durch das

⁵³ ZR 74/1975 Nr. 97.

⁵⁴ Keller in SJZ 73/1977, 183/184.

⁵⁵ ZR 76/1977 Nr. 13.

Obergericht festgelegt wird, ausgegangen⁵⁶. Zum erwähnten Notbedarf gehören insbesondere Auslagen für Wohnungsmiete inklusiv Nebenkosten, Steuern, Arzt, Versicherungen, Arbeitsweg, Verpflegung.

Die Ehefrau muss einen angemessenen Betrag aus ihrem Sondergut an die ehelichen Lasten leisten (Art. 192 in Verbindung mit Art. 246 Abs. 1 ZGB). Beim Getrenntleben entfällt ein Teil der ehelichen Lasten, sodass der Ehefrau zugemutet wird, die freigewordene Arbeitskapazität unter Berücksichtigung ihres Alters, ihrer Gesundheit und ihrer Ausbildung zu nutzen⁵⁷. Diese Tatsache muss bei den Ueberlegungen des Richters im Rahmen der Festlegung der Unterhaltsbeiträge gebührend berücksichtigt werden. Im neuen Recht gibt es einen neuen Güterstand⁵⁸. Der Begriff "Sondergut der Ehefrau" wurde gestrichen.

Falls am Ende ein Ueberschuss bleibt, so verteilt der Richter diesen Betrag nach Ermessen im Sinne einer Korrektur der lediglich als Ausgangspunkt zu verstehenden Notbedarfsansätze des Obergerichtes.

5. Die Durchsetzung des Anspruchs auf Unterhaltsbeiträge

Gemäss Art. 176 Abs. 2 ZGB ist die Zwangsvollstreckung mittels Schuldbetreibung vorgesehen, falls der Unterhaltspflichtige seine Zahlungen nur teilweise oder überhaupt nicht leistet⁵⁹. Der formell rechtskräftige Entscheid ist ein vollstreckbares Zivilurteil und gemäss Art. 80/81 SchKG definitiver Rechtsöffnungstitel. Im weitern hat der Unterhaltsberechtigte die Möglichkeit, vom Eheschutzrichter eine Ermahnung gemäss Art. 169 ZGB oder eine Anweisung an die Schuldner des Verpflichteten gemäss Art. 171 ZGB zu verlangen. Strafrechtlich wird der berechtigte Ehegatte dann geschützt, wenn der andere seine Unterhaltspflicht aus bösem Willen, Arbeitsscheu oder Liederlichkeit vorsätzlich vernachlässigt (Art. 217 StGB).

⁵⁶ SJZ 73/1977, 183.

⁵⁷ BGE 84 II 415.

⁵⁸ Die Errungenschaftsbeteiligung Art. 196 ff. ZGB.

⁵⁹ BGE 84 III 4; BGE 96 III 58/59.

III. WOHNUNG UND HAUSRAT

1. Grundsätzliches

Bei der Zuweisung der Wohnung oder des Hausrates muss davon ausgegangen werden, dass das oberste Ziel einer eheschutzrichterlichen Trennung die Wiedervereinigung der Ehegatten ist. Es geht hier niemals um eine güterrechtliche Auseinandersetzung mit definitivem Charakter. Unter diesen Umständen spielen weder Eigentums- noch Mietverhältnisse eine Rolle bei der Zuteilung⁶⁰.

Ueberdies stellt sich die Frage, ob das Verschulden in die Ueberlegungen einbezogen werden muss. In Anbetracht dessen, dass Eheschutzmassnahmen vorübergehenden, provisorischen Charakter haben, kann das Verschulden - wie wir schon früher gesehen haben - keine Rolle spielen.

2. Die Wohnung

Grundsätzlich darf gemäss Gerichtspraxis derjenige Ehegatte in der ehelichen Wohnung bleiben, dem sie mehr dient⁶¹.

Haben die Ehegatten unmündige Kinder, so wird regelmässig der Ehegatte, dem die Obhut über die Kinder zugeteilt wird, auch die eheliche Wohnung zugesprochen erhalten. Ihm kann ein Auszug weniger zugemutet werden als dem Partner. Oft wird der bei den Kindern lebende Ehegatte wieder eine Erwerbstätigkeit suchen müssen, da die Unterhaltsbeiträge meist nicht die gleiche Lebensführung wie vor der Trennung erlauben. Die Belastung durch Stellen- und Wohnungssuche gleichzeitig würde diesen Ehegatten schlechthin überfordern und sich auch ungünstig auf das Wohl der Kinder auswirken.

⁶⁰ Lemp Art. 170 N.13.

⁶¹ ZR 62/1963 Nr. 23.

Bei kinderlosen Ehegatten hat der Richter keine leichte Aufgabe. Er hat abzuwägen, wem ein Auszug eher zuzumuten ist. Alter, erlernter Beruf, berufliche Stellung oder Gesundheit jedes Partners mögen die Lösung bringen. Ein Ehemann im vorgerückten Alter muss im Haus bleiben können, wenn seine Frau noch rüstig ist und sie sich mit einer Mietwohnung besser abfinden kann⁶².

Leben die Ehegatten in einem Einfamilienhaus, so gelten die besprochenen Entscheidungsgrundsätze analog, unabhängig davon, wem das Haus gehört oder wer den grösseren Teil finanziert hat.

3. Der Hausrat

Die Regelung der Wohnungsfrage zieht regelmässig auch richterliche Anordnungen betreffend die Zuteilung des Hausrats nach sich⁶³. Unter den Begriff Hausrat fallen die Wohnungseinrichtung und die persönlichen Effekten wie Bücher, Kleider etc. Eine vollständige Auflistung des Hausrates ist unter dem Aspekt der Wiedervereinigung nicht sinnvoll. Der Eheschutzrichter muss sich auf das wirklich Unentbehrliche beschränken. Derjenige Ehegatte, der mit den Kindern in der Wohnung zurückbleibt, wird im Interesse der Familie den wesentlichen Teil des Mobiliars und der Haushaltgegenstände behalten⁶⁴. Schwierigkeiten tauchen oft auf, wenn beide Ehegatten Anspruch auf die gleiche Sache erheben. Dies ist etwa bei gemeinsam gekauften Antiquitäten, beim Fernsehapparat oder Musikgeräten denkbar. Unter Umständen drängen sich Neuanschaffungen auf, welche der leistungsfähigere Partner bezahlen sollte⁶⁵.

⁶² ZR 41/1942 Nr. 99.

⁶³ Diss. Graf 135; Diss. Leuenberger 112.

⁶⁴ Diss. Leuenberger 113.

⁶⁵ Kehl, Praxis Nr. 368 S. 56.

4. Die Wirkungen der Zuteilung von Wohnung und Hausrat

Der in der ehelichen Wohnung zurückbleibende Ehegatte verwaltet die Wohnung als Vertreter der ehelichen Gemeinschaft. Der effektive Mieter - bei der älteren Generation praktisch ausnahmslos der Ehemann - haftet weiterhin für die Bezahlung des Mietzinses oder allfälliger Reparaturen, auch wenn er die eheliche Wohnung nur noch bei der Ausübung des Besuchsrechts benützt. In der heutigen Zeit unterschreiben oft nicht nur Konkubinatspartner, sondern auch jungverheiratete Ehepaare einen Mietvertrag gemeinsam. Das bringt Vorteile in zwei Richtungen: Beide Ehegatten haften solidarisch für die Bezahlung des Mietzinses, und die Wohnung kann nur im Einverständnis beider Ehegatten gekündigt werden⁶⁶. Der zum Auszug verpflichtete Ehegatte ist nämlich nicht selten versucht, sofern er der Wohnungsmieter ist, den Mietvertrag zu kündigen. Auch der zugeteilte Hausrat wird in Vertretung der ehelichen Gemeinschaft verwaltet und benutzt.

Der Eheschutzrichter hat keine Befugnis, die güterrechtlichen Verhältnisse in irgendeiner Art zu ändern⁶⁷. Er kann demnach weder ein Veräusserungs- noch ein Verfügungsverbot über eine Liegenschaft erlassen⁶⁸. Eine andere Frage geht dahin, ob der Eheschutzrichter befugt ist, das einem Ehegatten zuerkannte Recht zur Benutzung der ehelichen Wohnung im Sinne von Art. 959 ZGB als vormerkbar zu erklären. Gemäss Bundesgericht müsste sich eine solche richterliche Anordnung als analoge Anwendung der Bestimmungen über den Mietvertrag rechtfertigen lassen, in dem Sinne, dass das dem einen Ehegatten zuerkannte Recht auf Benutzung der ehelichen Wohnung einem Mietverhältnis

⁶⁶ Diese tatsächlichen Verhältnisse entsprechen der gesetzlichen Regelung des neuen Rechts, wo die Ehegatten die eheliche Wohnung gemeinsam bestimmen (Art. 162 ZGB) und ein Ehegatte nur mit ausdrücklicher Zustimmung des andern einen Mietvertrag kündigen kann (Art. 169 Abs. 1 ZGB).

⁶⁷ Lemp Art. 169 N.19.

⁶⁸ BGE 91 II 423; ZR 82/1983 Nr. 69 S. 181. Im neuen Recht kann der Richter die Verfügungsbefugnis eines Ehegatten einschränken (vgl. dazu § 15 E IV. 2.).

besonderer Art gleichgeachtet und ausserdem angenommen würde, der Richter könne die in Wirklichkeit fehlende Vereinbarung der Vormerkung durch eine dahingehende amtliche Verfügung ersetzen⁶⁹.

IV. UNMÜNDIGE KINDER

1. Vorbemerkungen

Im alten Recht stand dem Eheschutzrichter keine gesetzliche Grundlage für die Anordnung von Massnahmen bezüglich unmündiger Kinder zur Verfügung. Er konnte nur in Anlehnung an das Ehescheidungsrecht (Art. 156 ZGB) oder gestützt auf die Gerichtspraxis handeln⁷⁰. Wir wollen nachstehend auf die Massnahmen des Eheschutzrichters bezüglich der Kinder eingehen, um alle Nebenfolgen des Getrenntlebens zu beleuchten. Ausführlich werden wir später auf die Stellung des Eheschutzrichters gegenüber den Kindern zurückkommen⁷¹.

2. Grundsätzliche Problemstellung

Während der Ehe üben die Eltern die elterliche Gewalt gemeinsam aus. Bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes hat der Eheschutzrichter die Kompetenz, die elterliche Gewalt einem Ehegatten allein zuzuteilen (Art. 297 Abs. 2 ZGB). Der Eheschutzrichter ist jedoch nicht befugt, beiden Eltern die elterliche Gewalt zu entziehen. Dies käme einer Kindesschutzmassnahme i.S. von Art. 311 ZGB gleich. Kindeschutzmassnahmen werden ausschliesslich von den vormundschaftlichen Behörden angeordnet⁷².

Nebst der Zuteilung der elterlichen Gewalt hat der Richter die Unterhaltsbeiträge zugunsten der Kinder festzusetzen und das Besuchs-

⁶⁹ BGE 91 II 423/424; § 15 E IV. 1.

⁷⁰ BGE 91 II 417; Lemp Art. 169 N.17.

⁷¹ Vgl. § 13.

⁷² Hegnauer, Kindesrecht 160/161.

recht desjenigen Ehegatten, dem die elterliche Gewalt entzogen ist, zu regeln. Dabei gilt die *Offizialmaxime*⁷³.

Der Eheschutzrichter steht bei der Regelung der Kinderzuteilung regelmässig vor einer schwierigen Aufgabe. Er hat nicht Recht oder Unrecht, Schuld oder Unschuld zu beurteilen. Vielmehr hat er zwischen verschiedenen durch die jeweilige Situation bestimmten Möglichkeiten jene zu suchen, die das Minimum an Nachteilen mit einem Maximum an Vorteilen für das Kind und die Eltern verbindet⁷⁴. Bei der Kinderzuteilung werden die Empfindungen der Eltern am stärksten tangiert⁷⁵. Oft entsteht ein brutaler Kampf um die Kinder, der sowohl eine zukünftige Wiedervereinigung der Ehegatten beeinträchtigen als auch das Wohl der Kinder ernsthaft gefährden kann.

3. Die Zuteilung der Obhut bzw. elterlichen Gewalt ⁷⁶

a) Kriterien ⁷⁷

In erster Linie ist das "Wohl" der Kinder für die Zuteilung der Obhut bzw. elterlichen Gewalt ausschlaggebend. Um sich ein Bild zu machen, wird der Richter beide Ehegatten anhören und abklären, wer für die richtige Pflege und Erziehung der Kinder am besten Gewähr bietet⁷⁸. Das Wohl der Eltern muss in zweiter Linie im Auge behalten werden, da eine Wiedervereinigung der Ehegatten durch eine unglückliche Kinderzuteilung gefährdet werden kann. Das Verschulden am ehelichen Zerwürfnis hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Zuteilung an sich, ausser wenn aus ihm die mangelnde Eignung zur Erziehung hervorgeht⁷⁹.

⁷³ ZR 72/1973 Nr. 118; Lemp Art. 170 N.15.

⁷⁴ Hegnauer, Kindeszuteilung 143.

⁷⁵ Diss. Leuenberger 129.

⁷⁶ Vgl. auch § 13 B II.

⁷⁷ Diss. Jorio 280 ff.

⁷⁸ Bühler/Spühler Art. 145 N.214.

⁷⁹ Diss. Leuenberger 132.

b) Wirkungen

Die Rechte der Eltern sind unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse nur soweit nötig einzuschränken. Der Eheschutzrichter sollte vom Recht, einem Ehegatten die elterliche Gewalt zu entziehen (Art. 297 Abs. 2 ZGB), nur in Notfällen Gebrauch machen⁸⁰.

Grundsätzlich genügt also die Zuteilung der Obhut. Die Obhut leitet sich von der elterlichen Gewalt ab und ist das im Vergleich mit dieser beschränkte Gewaltsrecht dessen, dem das Kind anvertraut ist⁸¹. Die elterliche Gewalt wird insofern nicht tangiert, als wichtige Entscheidungen im Leben des Kindes wie Schul- oder Berufswahl, Operationen etc. weiterhin von beiden Ehegatten gemeinsam getroffen werden⁸². Die Verwaltung des Kindesvermögens erfolgt weiterhin durch beide Ehegatten gemeinsam. Die Erträge aus dem Kindesvermögen sind gemäss Art. 319 ZGB zielgerichtet einzusetzen. Sie stehen dem Inhaber der Obhut zu. Der Obhutsinhaber geniesst gegenüber dem andern, in seiner elterlichen Gewalt eingeschränkten Ehegatten, strafrechtlichen Schutz gegen Beeinträchtigung und Vereitelung des ihm zugesprochenen Anspruchs auf Ausübung der Obhut (Art. 220 StGB)⁸³. Wunsch und Wille des Kindes sind nicht entscheidend (Art. 220 StGB)⁸⁴.

Der Entscheid des Eheschutzrichters kann präjudizielle Wirkung für die definitive Zuteilung der elterlichen Gewalt im Ehescheidungsprozess haben.

⁸⁰ Bühler/Spühler Art. 156 N.63; Diss. Jorio 270.

⁸¹ Diss. Kehl-Böhlen 21.

⁸² ZR 66/1967 Nr.57; Bühler/Spühler Art. 145 N.201.

⁸³ Bühler/Spühler Art. 145 N. 205a; BGE 98 IV 35.

⁸⁴ BGE 101 IV 303.

4. Unterhaltsbeiträge

a) Unterhaltsbeitragspflicht

Während des Zusammenlebens haben die Eltern gemeinsam für den Unterhalt ihrer Kinder zu sorgen (Art. 276 Abs. 1 ZGB). Wird einem Ehegatten die Obhut über die Kinder entzogen, so hat er seinen Beitrag in Form einer Geldzahlung zu leisten (Art. 276 Abs. 2 ZGB)⁸⁵. Die Verpflichtung zur Zahlung wird durch eine Verfügung des Eheschutzrichters begründet.

b) Unterhaltsbeitragsanspruch

Gemäss Art. 289 Abs. 1 ZGB steht der Anspruch auf Unterhaltsbeiträge dem Kind zu und wird durch Leistung an dessen gesetzlichen Vertreter erfüllt. Das Klagerecht steht grundsätzlich dem Kind zu (Art. 279 Abs. 1 ZGB). Im Eheschutzverfahren steht es dem Obhutsinhaber zu (Art. 279 Abs. 3 ZGB).

c) Dauer der Beitragspflicht

Die Verpflichtung zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen besteht vom Zeitpunkt der Bewilligung des Getrenntlebens an oder seit Einreichung des Gesuchs beim Richter, falls die Ehegatten bereits getrennt leben. Die Zahlungspflicht dauert grundsätzlich bis zur Mündigkeit des Kindes (Art. 277 Abs. 1 ZGB). Befindet es sich dann noch in Ausbildung, so haben die Eltern, soweit es ihnen nach den gesamten Umständen zugemutet werden darf, für seinen Unterhalt weiterhin aufzukommen, bis die Ausbildung ordentlicherweise abgeschlossen werden kann (Art. 277 Abs. 2 ZGB). Die Kriterien für die Beurteilung der Zumutbarkeit von Zahlungen über die Mündigkeit hinaus sind die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eltern, ihre weiteren Unterhaltsverpflichtungen und die dem Kind selbst oder seinem Ehegatten zumutbaren Anstrengungen⁸⁶.

⁸⁵ Hegnauer, Kindesrecht 124.

⁸⁶ Hegnauer, Kindesrecht 115.

d) Bemessung des Unterhaltsbeitrages

Der Unterhaltsbeitrag bemisst sich im Rahmen der bisherigen Lebenshaltung⁸⁷ der Familie nach den durchschnittlichen Bedürfnissen des Kindes einerseits und nach der Leistungsfähigkeit⁸⁸ des beitragspflichtigen Elternteils und der Leistung und Leistungsfähigkeit des Obhutsinhabers anderseits⁸⁹. Ausserdem sind Vermögen und Einkünfte des Kindes zu berücksichtigen (Art. 285 Abs. 1 ZGB). Vater und Mutter sind im Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit gleich zu belasten⁹⁰. Massgebend ist der zumutbare, nicht der tatsächlich erzielte Verdienst. Auch der Mittellose hat an den Notbedarf beizutragen⁹¹. Anhaltspunkte für die Bemessung geben die Empfehlungen des Jugendamtes des Kantons Zürich⁹². Der Eheschutzrichter sollte nie auf eine Faustregel abstellen, sondern möglichst den konkreten Verhältnissen der betroffenen Familie Rechnung tragen⁹³. Die Berechnungsfaktoren müssen den Ehegatten verständlich gemacht werden, damit sie sich dem richterlichen Entscheid unterziehen, ohne dass der Graben zwischen ihnen zusätzlich vertieft wird⁹⁴.

5. Persönlicher Verkehr (Besuchsrecht) ⁹⁵

Die Eltern haben Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem unmündigen Kind, das nicht unter ihrer elterlichen Gewalt oder Obhut steht (Art. 273 ZGB). Unter gewissen Voraussetzungen kann das Besuchsrecht beschränkt oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Das Kindeswohl geht dem Anspruch auf persönlichen Ver-

⁸⁷ Diss. Winzeler 28.

⁸⁸ Diss. Winzeler 29.

⁸⁹ Bühler/Spühler Art. 145 N.237.

⁹⁰ Hegnauer, Kindesrecht 119.

⁹¹ ZR 77/ 1978 Nr. 20 .

⁹² ZR 78/1979 Nr. 69; Kehl R. in SJZ 77/1981, 366.

⁹³ Keller in SJZ 73/1977, 184/185; Diss. Winzeler 29.

⁹⁴ Diss. Graf 156.

⁹⁵ Vgl. auch § 13 B IV.

kehr vor, wenn sich ein Konflikt ergibt⁹⁶. Das Besuchsrecht muss in der eheschutzrichterlichen Verfügung klar und genau festgehalten werden. Eine grosszügige Regelung - anders als im Scheidungsrecht - kann zur Brücke für die Wiederaussöhnung der Ehegatten werden⁹⁷. Der Anspruch auf persönlichen Verkehr mit den Kindern kann unter Umständen auf Verwandte ausgedehnt werden (Art. 274a ZGB).

D DIE WIRKUNGEN DER AUFHEBUNG DES GEMEINSAMEN HAUSHALTES

I. IM ALLGEMEINEN

Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes hat auf den rechtlichen Bestand der Ehe keinen Einfluss. Die Ehe wird aber während des Getrenntlebens mit gewissen Modifikationen weitergeführt. Der Fortbestand der Ehe, ihre Schonung und Erhaltung müssen leitend sein. Die rechtlichen Wirkungen beschränken sich auf das durch die tatsächliche Trennung der Ehegatten Gebotene⁹⁸. Die sich aufdrängenden Modifikationen werden wir anschliessend besprechen.

In ihren Wirkungen auf die Parteien ist die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes mit der Ehetrennung vergleichbar⁹⁹. Die Familie wird zerrissen, die Kinder verlieren entweder Vater oder Mutter, evtl. sogar die Eltern. Das Einkommen, das jeweils für einen gemeinsamen Haushalt ausreichte, muss plötzlich zwei getrenntlebenden Ehegatten genügen. Verbitterung, wirtschaftliche Sorgen, begreifliche Rachegefühle des aus der ehelichen Wohnung ausgewiesenen Ehegatten sind die schweren Folgeerscheinungen der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes¹⁰⁰.

⁹⁶ BGE 100 II 81.

⁹⁷ Diss. Leuenberger 136.

⁹⁸ Egger Art. 149 N.12.

⁹⁹ Diss. Bühler 43.

¹⁰⁰ Troesch in ZBJV 89/1953, 217.

II. DIE WIRKUNGEN AUF DIE RECHTSSTELLUNG DES EHEMANNES

1. Bestimmung der ehelichen Wohnung

Die Pflicht des Ehemannes, die eheliche Wohnung zu bestimmen, entfällt (Art. 160 Abs. 2 ZGB). Während des Getrenntlebens wird das Wohnen zur persönlichen Angelegenheit jedes einzelnen Ehegatten¹⁰¹.

2. Vertretung der Gemeinschaft

Die Gemeinschaftsvertretung des Ehemannes gemäss Art. 162 Abs. 1 ZGB erstreckt sich lediglich auf Rechtsgeschäfte, die der Befriedigung der laufenden Bedürfnisse des gemeinsamen Haushaltes dienen. Während des Getrenntlebens gibt es keinen gemeinsamen Haushalt und demzufolge auch keine Bedürfnisse dieses Haushaltes mehr. Die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft durch den Ehemann wird gegenstandslos¹⁰². Die Interessen eines gutgläubigen Dritten gehen denjenigen der Ehefrau vor und werden geschützt. Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes kann dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden¹⁰³. Die Ehefrau kann Ueberraschungen vermeiden, wenn sie die Aufhebung des Haushaltes denjenigen Drittpersonen mitteilt, bei welchen der Ehemann bisher Haushaltungsschulden einzugehen pflegte.

3. Die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes

Die Auflösung der häuslichen Gemeinschaft setzt in der Regel auch der sexuellen Gemeinschaft ein Ende. Das Gesetz geht davon aus, dass eine Beiwohnung zwischen getrennten Ehegatten eher unwahrscheinlich ist. Deshalb ist gemäss Art. 256b ZGB die Anfechtung der Ehelichkeit eines während der Trennungszeit gezeugten Kindes insofern erleichtert, als der Ehemann seine Klage lediglich mit der Tatsache der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes begründen muss¹⁰⁴. Die

¹⁰¹ Diss. Bühler 43.

¹⁰² BGE 56 I 172.

¹⁰³ Diss. Bühler 45; Lemp Art. 207 N.85.

¹⁰⁴ Hegnauer, Kindesrecht 47.

Berechtigung zum Getrenntleben genügt. Eine eheschutzrichterliche Verfügung ist nicht erforderlich.

III. DIE WIRKUNGEN AUF DIE RECHTSSTELLUNG DER EHEFRAU

1. Familienname

Das traditionelle Prinzip der Einheit der Familie beinhaltet Bürgerrecht, Wohnsitz und Namen. Die Ehefrau verliert ihren Ehenamen nur bei Scheidung (Art. 149 Abs. 1 ZGB) und Ungültigerklärung der Ehe (Art. 134 Abs. 1 ZGB). Während der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes behält sie den Namen des Ehemannes¹⁰⁵. Die Regel von Art. 161 Abs. 1 ZGB kennt keine Ausnahmen.

2. Bürgerrecht

Gemäss Art. 32 Abs. 2 BÜG kann die Ehefrau oder der Ehemann im Falle einer dauernden gerichtlichen Trennung oder nach Ablauf einer dreijährigen Trennungszeit selbständig eingebürgert werden. Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ist in der Regel eine befristete, vorübergehende Massnahme und hat als oberstes Ziel die Wiedervereinigung im Auge. Die eheschutzrichterliche Trennung gilt nicht als dauernde gerichtliche Trennung im Sinne des BÜG. Das Bürgerrecht der Ehefrau wird durch die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes nicht tangiert¹⁰⁶.

3. Wohnsitz

Die Ehefrau begründet während des Getrenntlebens einen selbständigen Wohnsitz, sofern sie zum Getrenntleben gemäss Art. 170 Abs. 1 ZGB berechtigt ist¹⁰⁷ und sie einen eigenen Mittelpunkt für ihre Lebensbeziehungen ausserhalb des ehemaligen ehelichen Wohnsitzes

¹⁰⁵ Lemp Art. 161 N.5.

¹⁰⁶ Diss. Bühler 54/55.

¹⁰⁷ BGE 86 II 307; ZR 60/1961 Nr. 50 S. 86/88.

aufgebaut hat¹⁰⁸. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Ein Wohnungswechsel der Ehefrau wird nicht vermutet.

4. Schlüsselgewalt und ausserordentliche Vertretungsbefugnis

Die ordentliche Vertretungsbefugnis (Schlüsselgewalt) der Ehefrau gemäss Art. 163 ZGB erstreckt sich nur auf Gemeinschaftsgeschäfte, welche die laufenden Bedürfnisse des Haushaltes tangieren. Die ausserordentliche Vertretungsbefugnis der Ehefrau gemäss Art. 166 ZGB kann alle Angelegenheiten der Gemeinschaft mit Ausnahme des Haushaltes betreffen.

Die ordentliche Vertretungsbefugnis fällt bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes dahin, da es gar keine Geschäfte für die laufenden Bedürfnisse des ehelichen Haushaltes mehr gibt¹⁰⁹.

Die ausserordentliche Vertretungsbefugnis der Ehefrau ist lediglich an den Bestand einer Ehe gebunden. Die Ehefrau behält also während des Getrenntlebens die ausserordentliche Vertretungsbefugnis, wobei deren Erteilung durch den Ehemann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen muss. Die Tatsache, dass der Ehemann während des Getrenntlebens gewisse Handlungen seiner Frau toleriert, darf nicht schlechthin als konkludente Zustimmung aufgefasst werden¹¹⁰. Oft wird der Ehemann keine Kenntnis davon haben, welche Gemeinschaftsangelegenheiten seine Frau allein entscheiden muss, insbesondere wenn sie mit den Kindern zusammenlebt.

Der Schutz eines gutgläubigen Dritten bewirkt die Haftung des Ehemannes für von seiner Frau eingegangene Haushaltsschulden, wenn der Dritte die Aufhebung des Haushaltes weder kennen konnte noch musste¹¹¹. Hat ein Dritter bei der ausserordentlichen Vertretung der Ehefrau die Auflösung des ehelichen Haushaltes gekannt oder hätte er

¹⁰⁸ BGE 97 II 3; BGE 91 II 326; SJZ 70/1974, 174.

¹⁰⁹ Diss. Leuenberger 144; Diss. Braunschweig 23; SJZ 70/1974, 269.

¹¹⁰ Diss. Bühler 62.

¹¹¹ Diss. Leuenberger 146; Diss. Bühler 62.

sie kennen sollen, so trifft den Ehemann keine Haftung. Muss der Ehemann für Schulden seiner Frau eintreten, kann er im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung eine Ersatzforderung stellen, welche als Sondergutsschuld der Frau berücksichtigt wird (Art. 208 Ziff. 3 ZGB).

5. Beruf oder Gewerbe

Die Frage, ob die Zustimmung des Ehemannes für eine Berufstätigkeit der Frau während der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes weiterhin erforderlich sei, ist umstritten¹¹². Wird der Sinn von Art. 167 ZGB im Schutz der ehelichen Gemeinschaft bzw. in der Erhaltung eines harmonischen Familienlebens gesehen, so ist ein Verzicht auf das Zustimmungserfordernis während des Getrenntlebens gerechtfertigt. Wird die ratio von Art. 167 ZGB hingegen im Schutz der güterrechtlichen Interessen des Ehemannes am eingebrachten Frauengut gesehen, so muss auch während des Getrenntlebens am Zustimmungserfordernis festgehalten werden.

Im neuen Recht wird der Erweiterung des Wirkungskreises der verheirateten Frau über Haus und Familie hinaus auf Erwerbs- und Berufstätigkeit Rechnung getragen. Neu nimmt jeder Ehegatte bei Wahl und Ausübung seines Berufes auf den andern und das Wohl der ehelichen Gemeinschaft Rücksicht (Art. 167 ZGB).

§ 5 ANWEISUNG AN DIE SCHULDNER

A VORBEMERKUNGEN

Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Art. 170 Abs. 3 ZGB und die Durchsetzung im Betreibungsverfahren genügen oft nicht. Die Anweisung an die Schuldner als Massnahme innerhalb des Ehe-schutzrechts ist ein einfaches und äusserst wirksames Mittel, das den

¹¹² Bejahend Lemp Art. 167 N.8; verneinend Egger Art. 167 N.6.

Ehegatten nebst den komplexen Rechtsbehelfen im SchKG zur Verfügung steht.

B VORAUSSETZUNGEN

I. VERNACHLÄSSIGUNG DER SORGE FÜR WEIB UND KIND

Unter der Vernachlässigung der Sorge für Weib und Kind wird die Verletzung der Unterhaltspflicht verstanden, welche gemäss altem Recht dem Ehemann auferlegt ist (Art. 160 Abs. 2 ZGB). Die Verletzung muss ernstlicher Natur sein¹¹³. Ein Verschulden ist nicht erforderlich¹¹⁴. Die Massnahme kann während des Zusammenlebens oder Getrenntlebens der Ehegatten angeordnet werden¹¹⁵.

Ist der Ehemann während längerer Zeit arbeitslos oder infolge Krankheit oder Unfall arbeitsunfähig, kann die Unterhaltspflicht teilweise oder vollständig der Ehefrau zufallen. Kommt sie ihrer Pflicht aus irgendeinem Grund nicht nach, so können ihre Schuldner zugunsten des Ehemannes angewiesen werden. Diese extensive Auslegung von Art. 171 ZGB hat in der Praxis ihren Niederschlag gefunden¹¹⁶. Im neuen Recht wurde der Artikel entsprechend bereinigt (Art. 177 ZGB).

II. BEGEHREN

Der Richter darf nicht von Amtes wegen einschreiten. Das Begehren eines Ehegatten bildet eine unerlässliche Voraussetzung für die Anweisung an die Schuldner.

¹¹³ ZR 54/1955 Nr.99.

¹¹⁴ Lemp Art. 171 N.4.

¹¹⁵ ZR 53/1954 Nr. 33.

¹¹⁶ Lemp Art. 171 N.5; Diss. Graf 182.

C PFLICHTEN DES RICHTERS

Der Umfang der Anweisung richtet sich nach den Verhältnissen bei den betroffenen Eheleuten. Es gelten hier die gleichen Grundsätze wie für die Bemessung der Unterhaltsbeiträge bei der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes¹¹⁷. Leben die Ehegatten im Zeitpunkt der Anweisung bereits getrennt, so wird die Höhe der früher zugesprochenen Unterhaltsbeiträge für den Umfang der Anweisung massgebend sein.

Die Verfügung des Richters muss die betroffenen Schuldner namentlich enthalten und über die Höhe der Anweisung bei jedem Schuldner Auskunft geben. Die Verfügung ist beiden Ehegatten, den Schuldnern und allenfalls dem Betreibungsamt zuzustellen.

Die richterliche Verfügung hat vor der Auszahlung durch öffentlich-rechtliche Sozialeinrichtungen wie Alters- und Hinterlassenenversicherung, Invalidenversicherung oder Arbeitslosenversicherung Priorität¹¹⁸.

D WIRKUNGEN

Im Gegensatz zur Anweisung gemäss Art. 466 ff. OR wird der Angewiesene im Eheschutzrecht nicht ermächtigt, sondern verpflichtet, an den Anweisungsempfänger zu leisten. Die geschuldete Leistung darf im Umfang der Anweisung nur noch an den Anweisungsempfänger, je nach den Umständen an die Ehefrau oder den Ehemann, erfolgen. Der Schuldner kann eine gehörige Erfüllung nur noch an den Anweisungsempfänger machen. Die Forderung geht aber nicht vom einen auf den andern Ehepartner über. Der als Anweisungsempfänger bezeichnete Ehegatte erhält durch den Richter lediglich eine Art Inkassoauftrag zugunsten der ehelichen Gemeinschaft¹¹⁹.

¹¹⁷ Vgl. § 4 C II. 4.

¹¹⁸ BGE 100 V 31; BGE 101 V 211.

¹¹⁹ Lemp Art. 171 N.18/19.

Diese Eheschutzmassnahme bewahrt eine Familie oft vor dem vollständigen Ruin und der Auflösung. Sie dient indirekt dem Schutz der ehelichen Gemeinschaft als ihrem schönsten Ziel¹²⁰.

Immerhin besteht auch die Gefahr, dass der in seiner Verfügungsbefugnis stark eingeschränkte Ehegatte in einer Art reagiert, welche das an sich schon angeschlagene Eheleben noch stärker belastet. Bei einer Anweisung an den Arbeitgeber könnte ein Ehegatte beispielsweise die Arbeitsstelle aufgeben. Oft reagiert auch der Angewiesene anders, als es für die eheliche Gemeinschaft von Vorteil wäre. Deshalb soll der Richter erst auf Art. 171 ZGB greifen, wenn andere Massnahmen ihr Ziel verfehlt haben.

Die Vorschrift von Art. 171 ZGB wird durch die zürcherischen Gerichte extensiv ausgelegt, indem der Richter auch den Ehemann als Schuldner behandeln und anweisen kann, einen bestimmten Betrag seines Einkommens an die Frau als Haushaltgeld zu bezahlen. Im neuen Recht wird diese Kompetenz dem Richter ausdrücklich zugesprochen (Art. 173 Abs. 1 ZGB). Wir werden später ausführlich darauf zurückkommen¹²¹.

¹²⁰ Diss. Leuenberger 170.

¹²¹ Vgl. § 9 B IV. 2. c).

2. TEIL
STELLUNG UND FUNKTION DES EHESCHUTZRICHTERS
NACH DEM RECHT VON 1984

§ 6 DIE REVISION DES EHERECHTS - EINE NOTWENDIGKEIT

A VORBEMERKUNG

Es gehört zur dauernden Aufgabe des Gesetzgebers, das geltende Recht auf seine Auswirkungen hin zu überprüfen. Zum einen führen veränderte Rechtstatsachen dazu, dass bestehendes Recht veraltet und zu Unrecht wird. Zum andern wandeln sich die gesellschaftlichen Auffassungen darüber, was als gerecht zu gelten hat¹²².

B DIE ENTWICKLUNG DER TATSÄCHLICHEN VERHÄLTNISSE

Das Eheverständnis und die Stellung der Frau in der Gesellschaft haben sich verändert. Die Entwicklung im einzelnen aufzuzeigen, erübrigt sich. Sie steht uns allen vor Augen. Die Frau nimmt heute teil an der Verantwortung in allen Bereichen der Gesellschaft, nicht bloss wie einst im Haushalt und am Krankenbett, sondern auch in der Schule, in den Räten auf Gemeinde-, Kantons- und Bundesebene, im Gericht, am Schalter von Post und Bank, am Steuerpult des Stellwerks und des Verkehrsreglers¹²³. Die Erwerbstätigkeit der verheirateten Frau hat an Bedeutung stark zugenommen. Heute sind 33 % aller Ehefrauen erwerbstätig¹²⁴. Dabei darf davon ausgegangen werden, dass ungefähr die Hälfte der erwerbstätigen Ehefrauen aus einer finanziellen Notlage heraus berufstätig sind. Bei der anderen Hälfte steht der Wunsch nach persönlicher Erfüllung in der Berufstätigkeit im Vordergrund. Dies ist eine Folge der verbesserten Bildungsmöglichkeiten der Frau, welche jenen des Mannes angeglichen wurden. Eine gute Berufsausbildung der Frau ist m.E. wichtig. Einerseits ist eine Verheiratung der Frau nicht in jedem Fall gesichert; andererseits hat eine viel höhere Lebenserwartung der Frau dazu geführt, dass sie beim Tod des Ehemannes oder nach

¹²² Hausheer, Zur Revision des Ehe- und Ehegüterrechts, BJM 1977, 217.

¹²³ Hegnauer, Der Entwurf des neuen Eherechts, SJZ 76/1980, 70.

¹²⁴ Lüscher in NZZ Nr. 185/1985, 25.

einer Ehescheidung damit rechnen muss, plötzlich wieder auf eine Erwerbstätigkeit angewiesen zu sein¹²⁵.

Die sinkende Kinderzahl und die erhöhte Lebenserwartung der Ehegatten führen in zunehmendem Masse zur Aufgliederung des Ehelebens in Abschnitte mit verschiedenen Zielen und Aufgaben. Davon ist in erster Linie die Frau betroffen¹²⁶.

Im weiteren hat die Haushaltsführung an Gewicht verloren. Die heutige Art der Haushaltsführung ist völlig verändert. Technische Errungenschaften wie Waschmaschine, Geschirrspülmaschine, Staubsauger etc. sind eine Selbstverständlichkeit geworden. Grosse Einkaufszentren und Tiefkühlgeräte erlauben heute, mit einem Einkauf pro Woche den Bedürfnissen einer ganzen Familie gerecht zu werden.

Diese Veränderungen führten zu einem neuen Selbstbewusstsein der Frau, das von materieller und geistiger Unabhängigkeit geprägt wird. Neue Organisationsformen in der Ehe wurden zur Lebenswirklichkeit.

C DIE DISKREPANZ ZWISCHEN DEN TATSÄCHLICHEN VERHÄLTNISSEN UND DEN RECHTLICHEN NORMEN

I. EHEFRAUEN OHNE PFLICHT ZUR KINDERBETREUUNG

Unter Ehefrauen ohne Pflicht zur Kinderbetreuung verstehen wir in diesem Zusammenhang Frauen ohne Kinder oder mit erwachsenen Kindern.

Das Ehemodell der Hausfrauenehe, wie es heute noch im Zivilgesetzbuch verankert ist, lässt sich überhaupt nicht mit dieser Personengruppe in Einklang bringen. Gerade bei diesen Frauen entbehrt

¹²⁵ Hausheer in BJM 1977, 223/224.

¹²⁶ Botschaft 11.

doch die Beschränkung auf die Haushaltsführung jeglicher Notwendigkeit oder Rechtfertigung. Nach alter Gesetzgebung können damit fast die Hälfte aller Ehefrauen ihr Recht auf freie Berufswahl nicht wahrnehmen. Der Gesetzgeber mutet den Frauen ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände zu, sich bei der Heirat in die Isolation der ehelichen Wohnung zu begeben. So erstaunt es nicht, dass die veränderte Einstellung des Volkes zur Erwerbstätigkeit der Frau zu einer teilweisen Missachtung des gesetzlich verankerten Ehemodells der Hausfrauenehe geführt hat¹²⁷.

II. EHEFRAUEN MIT BETREUUNGSBEDÜRFTIGEN KINDERN

Unter Ehefrauen mit betreuungsbedürftigen Kindern verstehen wir in diesem Zusammenhang Frauen mit Kindern bis zu sechzehn Jahren.

Das Ehemodell der Hausfrauenehe ist hier ziemlich ideal, da es den Bedürfnissen aller Familienangehörigen gerecht zu werden vermag. Die Frage nach der Vereinbarkeit von Kindererziehung und Erwerbstätigkeit bei einer Frau aus dieser Personengruppe gibt auch heute zu heftigen Diskussionen Anlass. Dabei führen die Befürworter des traditionellen Ehemodells immer das Bild einer Familie ins Feld, wo der Ehemann mit seinem Erwerbseinkommen den gesamten Lebensbedarf der Familie zu decken vermag. Sie vernachlässigen bewusst die beachtliche Zahl von Ehefrauen, die aus einer finanziellen Notlage heraus eine Erwerbstätigkeit ausüben müssen¹²⁸. Die Kombination von Kindererziehung und Erwerbstätigkeit ist besonders bei den finanziell gut gestellten Ehefrauen verpönt. Insbesondere bei diesen Frauen werden schädigende Auswirkungen auf die Entwicklung der Kinder prognostiziert. An der Erwerbstätigkeit von mittellosen Frauen stösst sich niemand¹²⁹.

¹²⁷ Diss. Bretscher 104/105.

¹²⁸ Von allen berufstätigen Ehefrauen sind immerhin ca. 50 % Frauen von Arbeitern mit niedrigem Einkommen.

¹²⁹ Diss. Bretscher 106/108.

In der heutigen Zeit muss jede Ehefrau selbst entscheiden, ob sie Mutterpflicht und Berufstätigkeit verbinden will, und wie der bestmöglichen Entwicklung der Kinder Rechnung getragen werden kann. Dabei ist m.E. eine klare Absprache mit dem Ehepartner unerlässlich, was bei Ehegatten mit partnerschaftlichem Ehemodell eine Selbstverständlichkeit sein dürfte.

III. SCHLUSSBEMERKUNGEN

Die Kluft zwischen der Rechtsordnung von Eugen Huber und den heutigen tatsächlichen Verhältnissen ist so gross, dass sie jedem vor Augen steht. Die Gefahren, die sich aus einer unausgewogenen, gesetzlich verfügten und nicht von beiden Ehegatten frei akzeptierten Aufgabenverteilung für den Bestand der Ehegemeinschaft ergeben können, sind nicht zu übersehen. Tatsächlich zeigen Untersuchungen eindrücklich, dass die Ehe als Lebensgemeinschaft und Institution heute häufig ganz anders erlebt und in die Zukunft projiziert wird, als der Gesetzgeber dies leitbildhaft vorgezeichnet hat¹³⁰. Die Zeit für eine Revision unseres Eherechts ist gekommen. Befürworter und Gegner der Eherechtsvorlage sind sich in diesem Punkt einig.

§ 7 DIE ZIELSETZUNGEN DER REVISION

A DIE REVISIONSVORSTELLUNGEN IM ALLGEMEINEN

I. RECHTLICHE GLEICHSTELLUNG DER EHEGATTEN

Die vorstehend skizzierte Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse¹³¹ baute die für das Eherecht bedeutsamen Unterschiede im Bereich der Rechtstatsachen weitgehend ab. Daher kann von

¹³⁰ Hausheer in BJM 1977, 227.

¹³¹ Vgl. § 6 B.

geschlechtsspezifischen Wesens- und Funktionsunterschieden, die eine rechtliche Ungleichbehandlung im Eherecht zu begründen vermöchten, nicht mehr die Rede sein. Die Frau bedarf in der Ehe nicht mehr generell des Beistandes und des Schutzes durch den Mann. Vielmehr sollen beide Ehegatten in der ehelichen Gemeinschaft sich gegenseitig schützen und unterstützen¹³².

Die Frau soll im Eherecht als gleichberechtigte und gleichverpflichtete Partnerin ernst genommen werden. Wenn deshalb das neue Eherecht für beide Ehegatten den gleichen Rahmen zur gegenseitigen und gemeinsamen Persönlichkeitsentfaltung schafft, so sind besondere Schutzvorschriften zugunsten der Frau im Gesetz nicht mehr gerechtfertigt¹³³.

II. PARTNERSCHAFT ALS NEUES LEITBILD DER EHE

"Partnerschaft ist keine feste Grösse, die auf einer starren Rollen- und Aufgabenverteilung beruht und ohne jeglichen Vorrang des einen vor dem andern auskommt... Partnerschaft lebt davon, dass jeder in sie einbringen kann, was er ist und hat, und darin vom anderen angenommen wird"¹³⁴.

Partnerschaft lässt eine Vielzahl von Organisationsformen der ehelichen Gemeinschaft zu¹³⁵. Ein praxisgerechtes Eherecht darf nicht eine Eheform als Einheitsschema verankern. Die Organisationsform der Ehe ist grundsätzlich nebensächlich. Wichtig ist, dass sich die Ehegatten bei Fragen partnerschaftlich verständigen und diese Verständigung immer wieder neu zu erreichen versuchen.

¹³² Botschaft 12.

¹³³ Das bisherige Eheschutzrecht kannte eine besondere Schutzvorschrift in Art. 171 ZGB.

¹³⁴ Duss-von Werdt 20.

¹³⁵ Diss. Bretscher 146.

III. VERPFLICHTUNG, FÜR DAS WOHL DER GEMEINSCHAFT ZU SORGEN

Die Ehegatten verpflichten sich gegenseitig, das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren und für die Kinder gemeinsam zu sorgen (Art. 159 Abs. 2 ZGB). Der Leitgedanke des alten Rechts wurde völlig unverändert ins neue Recht übernommen. Damit wird das Prinzip der Partnerschaft i.S. von Art. 159 ZGB zur allgemeinen und umfassenden Grundnorm der Gemeinschaft¹³⁶.

Die Realisierung einer echten Gemeinschaft kann nur durch tatsächliches Zusammenwirken von zwei gleichberechtigten und selbständigen Ehegatten erfolgen, die ihre individuellen Fähigkeiten im Interesse dieser Gemeinschaft einzusetzen gewillt sind. Diese Ebenbürtigkeit verlangt die gemeinsame Unterordnung beider Partner unter die Interessen der ehelichen Gemeinschaft¹³⁷.

IV. AUSBAU DES SCHUTZES DER EHELICHEN GEMEINSCHAFT

Die Grundzüge des alten Eheschutzrechts bewährten sich abgesehen von einzelnen Mängeln¹³⁸. Ein Instrumentarium zur Verfügung zu stellen, das bei Wahrung des Persönlichkeitsrechts der Ehegatten erlaubt, die notwendigen Massnahmen zum Schutz einer Ehe oder eines Ehegatten zu ergreifen, ist deshalb ein weiteres wichtiges Anliegen der Revision¹³⁹. Diese allgemeine Zielsetzung der Revision interessiert uns ganz besonders. Im nächsten Abschnitt werden wir sehen, welche Ideen für den Ausbau des Eheschutzrechts begleitend waren.

¹³⁶ Hegnauer in SJZ 76/1980, 72.

¹³⁷ Diss. Bretscher 120.

¹³⁸ Vgl. § 16.

¹³⁹ Botschaft 16.

B DIE REVISIONSVORSTELLUNGEN BEIM EHESCHUTZRECHT IM BESONDEREN

I. SCHUTZ DER EHELICHEN GEMEINSCHAFT

Im alten Recht stand der Schutz der Persönlichkeit eines Ehegatten im Vordergrund. Das neue Recht beinhaltet primär den Schutz der ehelichen Gemeinschaft¹⁴⁰, wobei der Schutz der Persönlichkeit beibehalten wurde¹⁴¹.

II. ERWEITERTES SYSTEM VON MASSNAHMEN

Obwohl der Umfang des Eheschutzrechts eine beachtliche Zunahme erfuhr, finden wir wirklich neue Massnahmen nur in Art. 173 Abs. 2 (Betrag des haushaltführenden Ehegatten), 174 (Entzug der Vertretungsbefugnis) und 178 ZGB (Beschränkung der Verfügungsbefugnis). Die Bindung des Eheschutzrichters an die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen setzt dem System der richterlichen Massnahmen enge Grenzen¹⁴².

III. DER RICHTER ALS VERMITTLER ¹⁴³

Der Ehemann als Entscheidungsinstanz wird durch die gemeinsame Verantwortlichkeit und Entscheidungsbefugnis der Ehegatten in allen die eheliche Gemeinschaft betreffenden Angelegenheiten überflüssig. Das neue Gesetz überträgt aber die bisherigen Sonderbefugnisse des Ehemannes im persönlichen Bereich nicht etwa dem Eheschutzrichter. Dieser

¹⁴⁰ Vgl. Art. 173 Abs. 1, 174, 177, 178 ZGB.

¹⁴¹ Das Gesetz spricht in Art. 175 ZGB von einer Gefährdung der Persönlichkeit, welche zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes berechtigt.

¹⁴² Vgl. § 8 D.

¹⁴³ Vgl. § 8 C I.

bleibt neu wie bisher auf die Ermahnung und Vermittlung beschränkt¹⁴⁴. Diese Vermittlungsfunktion des Richters in ehelichen Konfliktsituationen ist nicht neu. Sie entspricht der Praxis des alten Rechts. Der Richter hat eine Entscheidungsbefugnis nur in bestimmten, gesetzlich eng umschriebenen Fällen.

Demnach erweist sich die Geschichte vom "Richter als Haupt der Familie" oder "Richter als Dritter im Ehebunde" als ein Märchen. Es muss immer wieder darauf hingewiesen werden, dass sich ein notleidender Ehegatte oft zuerst an eine Eheberatungsstelle, einen Psychologen oder Soziologen wendet. Der Eheschutzrichter ist weit weniger bekannt als die genannten Institutionen. Schliesslich ist es ein Glück, dass auch heute noch die Mehrzahl der Ehepaare weder je eine Eheberatungsstelle noch einen Eheschutzrichter zur Lösung von Eheproblemen braucht.

IV. EHE- UND FAMILIENBERATUNGSSTELLEN ¹⁴⁵

Der Richter kann mit dem Einverständnis der Ehegatten Sachverständige beiziehen oder sie an eine Ehe- oder Familienberatungsstelle weisen (Art. 172 Abs. 2 ZGB). Die Kantone sorgen dafür, dass sich die Ehegatten bei Eheschwierigkeiten gemeinsam oder einzeln an Ehe- oder Familienberatungsstellen wenden können (Art. 171 ZGB).

Die Erziehung zur Ehe und die Behebung von Eheschwierigkeiten sind nicht mit den Mitteln des Gesetzes möglich. Hier ist die Rechtsordnung auf die Sozialpädagogik und die Eheberatung angewiesen. Dies führte konsequenterweise zur gesetzlichen Verankerung von Ehe- und Familienberatungsstellen¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Hegnauer in SJZ 76/1980, 73.

¹⁴⁵ Vgl. § 8 C IV.

¹⁴⁶ Hegnauer in SJZ 76/1980, 73.

§ 8 DIE RICHTERLICHEN MASSNAHMEN IM ALLGEMEINEN

A VERGLEICH ZWISCHEN DEM ALTEN UND DEM NEUEN RECHT

I. VORBEMERKUNGEN

Im zweiten Teil der Arbeit wollen wir am Anfang jedes Paragraphen im Sinne eines Ueberblicks auf die gesetzlichen Neuerungen eingehen. Gleichzeitig soll ein Vergleich zwischen dem alten und dem neuen Eheschutzrecht angestellt werden.

II. NEUERUNGEN

Der neue Art. 172 ZGB entspricht grundsätzlich dem alten Art. 169 ZGB. Neu können die Ehegatten bei Uneinigkeit in einer für die eheliche Gemeinschaft wichtigen Angelegenheit den Richter um Vermittlung anrufen (Art. 172 Abs. 1 ZGB). Ferner kann der Richter wie im alten Recht Sachverständige beiziehen oder die Ehegatten an eine Ehe-/Familienberatungsstelle weisen. Das Einverständnis der Ehegatten ist allerdings erforderlich (Art. 172 Abs. 2 ZGB). Schliesslich trifft der Richter analog zum alten Recht nötigenfalls die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen (Art. 172 Abs. 3 ZGB). Die bisherige Lehre und Praxis zu aArt. 169 ZGB¹⁴⁷ bleiben wegweisend, soweit nicht diese Neuerungen in Frage stehen.

¹⁴⁷ Lemp Art. 169 N.4 ff.; BGE 91 II 412 ff.; BGE 95 II 74 f.

B DIE ALLGEMEINEN VORAUSSETZUNGEN FÜR EINEN EINGRIFF DES RICHTERS

I. BEGEHREN

Formell ist festzuhalten, dass der Richter erst ein Verfahren einleitet, wenn er von den Eheleuten einzeln oder gemeinsam angerufen wird. Er handelt nie von Amtes wegen, ausgenommen bei Massnahmen zum Schutze des Kindes¹⁴⁸. Die Angst gewisser Kreise, der Eheschutzrichter sei neu der Dritte in der Ehe, ist völlig unbegründet. Dieses Horrorbild einer dauernden und umfassenden Präsenz des Richters in der Familie ist die Ausgeburt zügelloser Phantasie¹⁴⁹. Andere Amtsstellen wie Budgetberatung, Eheberatung, unentgeltliche Rechtsauskünfte sind beim Bürger besser bekannt und werden häufiger angegangen als der Eheschutzrichter. Der notleidende Ehegatte wird auch in Zukunft den Richter erst als ultima ratio einschalten.

II. PFLICHTVERGESSENHEIT GEGENÜBER DER FAMILIE

Diese allgemeine Voraussetzung war schon im alten Recht (Art. 169 Abs. 1 ZGB) enthalten. Die bisherige Lehre und Praxis haben weiterhin Gültigkeit¹⁵⁰.

III. UNEINIGKEIT DER EHEGATTEN IN EINER FÜR DIE EHELICHE GE- MEINSCHAFT WICHTIGEN ANGELEGENHEIT

Bei der Revision des Eherechts geht es zur Hauptsache um die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der Ehe¹⁵¹. Die Frau hat heute Teil an der Verantwortung in allen Bereichen der Gesellschaft,

¹⁴⁸ Lemp Art. 169 N.4.

¹⁴⁹ Hegnauer in NZZ Nr. 210/1985, 35.

¹⁵⁰ Vgl. § 2 B.

¹⁵¹ Botschaft 12.

nicht bloss wie einst im Haushalt und am Krankenbett, sondern auch in Schule, Räten, Post, Bank etc. Die rechtliche Zurücksetzung der Frau verstösst gegen ihr Persönlichkeitsrecht und gegen die Würde der Ehe selbst¹⁵².

In Anbetracht der veränderten Stellung und Funktion der Frau in Gesellschaft und Ehe hat ihr der Gesetzgeber neu bei allen wichtigen Angelegenheiten wie Wahl der gemeinsamen Wohnung, Unterhalt der Familie, Vertretung der Gemeinschaft, Wahl und Ausübung des Berufes oder Auskunftsspflicht die gleichen Rechte und Pflichten gegeben. Bei Uneinigkeit der Ehegatten in einer für die eheliche Gemeinschaft wichtigen Angelegenheit übernimmt der Eheschutzrichter neu die Funktion einer Schiedsinstanz. Er hat den Auftrag, möglichst eine Aussöhnung der Ehegatten herbeizuführen und wenn nötig Massnahmen anzuordnen.

Die Uneinigkeit darf sich nicht auf persönliche Angelegenheiten eines Ehegatten beziehen, sondern muss vitale Interessen der ehelichen Gemeinschaft berühren¹⁵³. Es kommt lediglich eine unterschiedliche Ansicht der Ehegatten bezüglich der tragenden Elemente in einer Ehe in Frage. Für die eheliche Gemeinschaft wichtige Angelegenheiten sind demnach die Wahl der Wohnung, der Unterhalt der Familie, der Anspruch des haushaltführenden Ehegatten auf einen Betrag zur freien Verfügung, die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft, die Wahl und Ausübung eines Berufes, die Kündigung eines Mietvertrages, die Auskunftsspflicht über Einkommen und Schulden sowie die Kindererziehung.

Der Eheschutzrichter hat m.E. in jedem Einzelfall zu entscheiden, ob eine Angelegenheit für eine eheliche Gemeinschaft unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände wichtig ist. Eine Entscheidungsbefugnis steht ihm nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen zu. Im Vordergrund steht die Vermittlung zwischen den Ehegatten (Art. 172 Abs. 1 ZGB).

¹⁵² Hegnauer in SJZ 76/1980, 70.

¹⁵³ Botschaft 84.

Die Uneinigkeit der Ehegatten in einer wichtigen Angelegenheit ist als allgemeine Voraussetzung für die Anrufung des Richters neu ins Gesetz aufgenommen worden, der bisherigen Gerichtspraxis aber bereits bekannt. Folgende Beispiele¹⁵⁴ mögen dies verdeutlichen:

Beispiel 1:

Durch Verfügung des Eheschutzrichters wurde der gemeinsame Haushalt der Eheleute X aufgehoben, die Tochter Y Frau X zugeteilt und Herr X zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet. Während des Getrenntlebens meldete Frau X ihre Tochter an einer exklusiven Privatschule in Zürich an. Herr X wusste nichts davon. Nachdem Y bereits während neun Monaten die Schule besuchte, stellte Frau X beim Eheschutzrichter das Begehren um Erhöhung der Unterhaltsbeiträge. Der Richter beurteilte die Fortsetzung der Ausbildung von Y als wichtige Angelegenheit und hiess das Begehren gut.

Beispiel 2:

Die Eheleute B vereinbarten, dass Herr B die Höhere Wirtschafts- und Verwaltungsschule in Luzern besuche, Frau B während der Ausbildungszeit ihres Ehemannes den Unterhalt der Familie bestreite. Nachdem sich die Ausbildung von Herrn B infolge Krankheit verzögert hatte und er einen Teil der Abschlussprüfungen hätte wiederholen müssen, weigerte sich seine Frau, weiterhin einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Die Parteien lebten bereits getrennt, als Herr B beim Eheschutzrichter das Begehren um Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen bis zum erfolgreichen Abschluss seiner Ausbildung stellte.

¹⁵⁴ Die Beispiele stammen aus der Praxis des Bezirksgerichtes Zürich.

C DIE MÖGLICHKEITEN DES RICHTERS

I. VERMITTLUNG

Der Eheschutzrichter soll zwischen den Ehegatten in erster Linie vermitteln. Das oberste Ziel ist die Versöhnung¹⁵⁵. Hegnauer sieht die Vermittlung und Versöhnung als Gegenteil diktierter Entscheidung. Es gehe weniger um Zuteilung von Schuld oder Nichtschuld als darum, mit den Ehegatten einen Ausweg aus ihrer Ehekrise zu finden. Solche Vermittlung sei keineswegs neu, sondern für jeden erfahrenen Richter selbstverständlich¹⁵⁶. Der Richter ist primär Vermittler. Alle anderen Funktionsbezeichnungen wie Regulativ, Oberinstanz oder sogar Dritter in der Ehe sind verfehlt. Nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen hat der Richter eine Entscheidungsbefugnis¹⁵⁷. Demnach kann er niemals entscheiden, ob die Ehefrau die Pille zu nehmen habe, die Ehegatten Kinder haben sollen oder eine Schwangerschaft abbrechen sei. Das Gesetz statuiert gerade hier, in der Intimsphäre der Ehegatten, keine Entscheidungsbefugnisse des Richters. Mit der Vermittlung obliegt dem Richter keine leichte Aufgabe. Nur eine erfahrene Persönlichkeit wird ihr gewachsen sein¹⁵⁸.

II. MAHNUNG

Diese Möglichkeit des Richters kennen wir bereits aus dem alten Recht¹⁵⁹. Die Mahnung wird im neuen Recht unter dem Marginalie "Richterliche Massnahmen im allgemeinen" erwähnt. Dies bedeutet, dass diese Massnahme dem Richter sowohl während des Zusammenlebens als

¹⁵⁵ Botschaft 84.

¹⁵⁶ Hegnauer in NZZ Nr. 210/1985, 35.

¹⁵⁷ Botschaft 57.

¹⁵⁸ Die hohen Anforderungen an den Eheschutzrichter sind deshalb bei personellen Entscheiden vermehrt zu berücksichtigen; vgl. Diss. Leuenberger 209.

¹⁵⁹ Vgl. § 3.

auch bei Getrenntleben der Ehegatten offensteht. Die Mahnung stellt in jedem Stadium des gerichtlichen Verfahrens ein wirksames Instrument in der Hand des Richters dar.

III. SACHVERSTÄNDIGE

Der Richter hat die Möglichkeit, als Hilfe bei der Erfüllung seiner Aufgabe Sachverständige beizuziehen, sofern die Ehegatten einverstanden sind. Sachverständige sind Personen, die aufgrund ihrer besonderen Sachkenntnis auf einem bestimmten Gebiet fähig sind, den Ehegatten weiterzuhelfen. Zu denken ist an Aerzte, Psychologen, Sozialarbeiter, kirchliche Vertreter oder an die Vormundschaftsbehörde¹⁶⁰.

Für den Kanton Zürich stellt der Beizug von Sachverständigen keine Neuerung dar, da im Eheschutzverfahren gemäss ZPO alle Beweismittel zugelassen sind¹⁶¹.

In andern Kantonen ist der Beizug von Sachverständigen nicht oder nur beschränkt zugelassen.

Der Beizug von Sachverständigen ist eine der Praxis bestens bekannte Massnahme. Bei Massnahmen im Zusammenhang mit unmündigen Kindern der Ehegatten gelangte der Eheschutzrichter schon im alten Recht regelmässig an die Vormundschaftsbehörde¹⁶². Bei Unsicherheiten bezüglich des Notbedarfs der Parteien standen ihm jederzeit die Budgetberatungsstellen zur Seite.

IV. EHE- ODER FAMILIENBERATUNGSSTELLE

Der Richter hat die Möglichkeit, die Ehegatten an eine Ehe- oder Familienberatungsstelle zu weisen, sofern die Ehegatten einverstanden sind (Art. 172 Abs. 2 ZGB). Aus den Materialien ist ersichtlich, dass es sich hier lediglich um eine richterliche Empfehlung, nicht um eine

¹⁶⁰ Botschaft 84.

¹⁶¹ § 209 Abs. 2 ZPO; Sträuli/Messmer § 216 N.9.

¹⁶² Vgl. § 13 C IV.

Massnahme handelt¹⁶³. Dies ist m.E. zu bedauern. Hält sich ein Ehegatte nicht an die Empfehlung, hat der Eheschutzrichter diesen Umstand bei einer späteren Massnahme zuungunsten des betreffenden Ehegatten zu berücksichtigen.

Ein qualvollerer Scheidungsprozess ist kein geeignetes Mittel, um der Scheidungswelle der heutigen Zeit zu begegnen. Die Erfahrungen zeigen, dass ein Ausbau der Eheberatung sehr wichtig ist, um die bestehende Ehenot zu bekämpfen¹⁶⁴.

Im alten Recht wurde der Eheschutzrichter oft als Ratgeber angerufen, wenn an Ort keine Eheberatungsstelle bestand. Der Eheschutzrichter wurde dadurch zum Eheberater, obwohl er selten über ausreichende Kenntnisse für eine Funktion als Eheberater verfügte. Auch als Juristen konnten sich nur wenige Eheschutzrichter über profunde Kenntnisse in Soziologie, Psychologie, Psychiatrie oder Ehekunde ausweisen¹⁶⁵. Die Forderung von Hildebrand aus dem Jahre 1965, angesichts der Bedeutung von Ehe und Familie für die Erhaltung eines gesunden Volkes der Eheberatung wenigstens dasselbe Gewicht wie der Berufsberatung zuzuerkennen, geht mit den Neuerungen in Art. 171 in Verbindung mit Art. 172 Abs. 2 ZGB in Erfüllung¹⁶⁶.

V. MASSNAHMEN

Der Richter trifft wenn nötig auf Begehren eines Ehegatten die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen (Art. 172 Abs. 3 ZGB). Wenn der Richter alle vorstehend besprochenen Möglichkeiten ohne Erfolg ausgeschöpft hat, so trifft er auf Antrag konkrete Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft. Der Richter kann direkt Massnahmen anordnen, wenn sich das Instrumentarium in Art. 172 ZGB zum vornherein als sinnlos erweist.

¹⁶³ Botschaft 84.

¹⁶⁴ Troesch in ZBJV 89/1953, 223.

¹⁶⁵ Hildebrand 144/145.

¹⁶⁶ Hildebrand 148.

D SCHRANKEN DER RICHTERLICHEN ANORDNUNGEN

I. VORBEMERKUNGEN

Im alten Recht konnte der Eheschutzrichter nur die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen anordnen (Art. 169 Abs. 2 ZGB). Das neue Recht hat diesen Grundsatz in Art. 172 Abs. 3 ZGB beibehalten. Diese Einschränkung ist seit der gesetzlichen Verankerung umstritten. Teilweise wurde sie positiv aufgenommen, teilweise heftig kritisiert.

M.E. ist die Beschränkungsklausel im neuen Eheschutzrecht ein zentrales Problem, das eine ausführliche Darstellung innerhalb dieser Arbeit verdient. Nachstehend nehmen wir zunächst einige ausgewählte Argumente von Befürwortern der Beschränkungsklausel unter die Lupe. Dann sollen die Gegner zu Wort kommen. Abschliessend gilt es, Bilanz zu ziehen und die Folgen von Art. 172 Abs. 3 ZGB aufzuzeigen.

II. DIE BEFÜRWORTER DER BESCHRÄNKUNGSKLAUSEL

Die Argumente der Befürworter sind sehr vielfältig. Die Auswahl hat beispielhaften Charakter.

Das Eheschutzverfahren ist ein summarisches Verfahren. Gegenstand dieses Verfahrens sind bestimmte Streitsachen, deren Sachverhalt sich leicht feststellen lässt oder deren Beurteilung dringlich ist, weshalb sich ein vereinfachtes Verfahren vor dem Einzelrichter rechtfertigt¹⁶⁷.

Graf befürwortet die Beschränkungsklausel:

"Aus Gründen der Rechtssicherheit und einheitlichen Rechtsentwicklung ist diese Beschränkung, an der auch der Entwurf festhält, gerechtfertigt. Beim summarischen Charakter des Eheschutzverfahrens und dessen Abhängigkeit von der Persönlichkeit des Richters könnte eine

¹⁶⁷ Sträuli/Messmer S. 371, N.1 vor § 204.

Generalklausel zur Verletzung der Persönlichkeitsrechte des betroffenen Ehegatten führen. Ausserdem wäre kaum eine einigermaßen gleichartige Rechtsprechung in der ganzen Schweiz zu erwarten, da weitgehend eine obergerichtliche und bundesgerichtliche Rechtsprechung fehlen"¹⁶⁸.

Spühler argumentiert:

"Diese Beschränkung ist m.E. trotz der dagegen erhobenen Kritik angesichts der Gefahr von Eingriffen in die persönliche Freiheit eines Ehegatten - v.a. in einem summarischen Verfahren - durchaus gerechtfertigt"¹⁶⁹.

Schliesslich sehen die Befürworter im Zweck des Eheschutzes einen Grund für die Berechtigung der Beschränkungsklausel. Bei der Ehescheidung erfolge eine Liquidation einer Ehe. Das Eheschutzverfahren sei auf die Sanierung einer notleidenden ehelichen Beziehung ausgerichtet. Dabei sei Zurückhaltung am Platz. Die Ehegatten müssten voraussehen, was sie vor dem Eheschutzrichter erwartet.

III. DIE GEGNER DER BESCHRÄNKUNGSKLAUSEL

Die Gegner der Beschränkungsklausel kritisieren die gesetzliche Regelung und befürworten die Kompetenz des Eheschutzrichters, alle ihm nötig erscheinenden Massnahmen zu treffen.

Leuenberger schreibt in seiner Dissertation über den Schutz der ehelichen Gemeinschaft bezüglich der Beschränkungsklausel folgendes: "Diese Einschränkung ist zu bedauern, da gerade im Hinblick auf die Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit der ehelichen Verhältnisse es nur von Vorteil wäre, dem Richter einen weiten Spielraum zu lassen. Nur so wäre er in der Lage, den besondern Bedürfnissen eines jeden einzelnen Falles angemessene Rechnung zu tragen, und nur so wäre es möglich, das Eheschutzrecht durch richterliche Rechtsfindung zu fördern und

¹⁶⁸ Diss. Graf 71/72.

¹⁶⁹ Spühler, Vortrag HSG.

weiter zu entwickeln"¹⁷⁰. "Den sittlichen Grundsätzen des Eherechts dürfte es sicher nicht widersprechen, wenn der Eheschutzrichter beispielsweise auch in die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten eingreifen könnte... Es darf nicht ausser acht gelassen werden, dass bei schwerer Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Gefahr besteht, dass ein Ehegatte versucht, den andern böswillig zu schädigen... Wie der Ehescheidungsrichter im Sinne von Art. 145 ZGB, so sollte auch der Eheschutzrichter die nötigen Massnahmen treffen können, um die Eigentumsrechte der Ehegatten sofort und hinreichend zu sichern"¹⁷¹.

Kehl wehrt sich in einem Grundsatzartikel über das schweizerische Eheschutzrecht vehement gegen die Beschränkungsklausel und führt folgendes aus: "Folgeschwer war es, dass das Parlament dem Eheschutzrichter nicht zutraute, selber die nötige Zurückhaltung zu üben, und dass es ihn mit der Klausel in seinen Möglichkeiten in einem Masse einschränkte, dass er seine Aufgabe kaum richtig erfüllen kann. Jene Einschränkung wird in der Rechtsprechung und Lehre allgemein bedauert, ist aber zum nicht geringen Erstaunen im neuesten Entwurf wieder vorgesehen. Die genannte Klausel ist übrigens auch deshalb unglücklich, weil sie recht unklar ist. Was ist unter Gesetz gemeint"¹⁷²?

Hegnauer bemerkt zur Revision des Eherechts: "Ausserdem sollte dem Eheschutzrichter wie dem Richter im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungs- und Trennungsprozess (Art. 145 ZGB) die Befugnis zur Anordnung der nötigen Massnahmen eingeräumt werden. Die geltende Beschränkung auf die im Gesetz vorgesehenen Massnahmen hat sich als praktisch undurchführbar erwiesen (BGE 91 II 417). Dass die Beschränkung der richterlichen Kompetenz dazu diene, einen endgültigen Bruch zwischen den Ehegatten zu vermeiden (BGE 91 II 423), überzeugt angesichts der Lebenswirklichkeit nicht"¹⁷³.

¹⁷⁰ Diss. Leuenberger 173.

¹⁷¹ Diss. Leuenberger 175/176.

¹⁷² Kehl Robert in SJZ 74/1978, 328.

¹⁷³ Hegnauer, Eherecht 123.

IV. ANALYSE DER ARGUMENTE DER BEFÜRWORDER UND DER GEGNER DER BESCHRÄNKUNGSKLAUSEL

1. Bemerkungen zu den Ansichten der Befürworter

Die Gefahr von Eingriffen des Eheschutzrichters in die persönliche Freiheit der Ehegatten, wenn er die ihm nötig erscheinenden Massnahmen treffen dürfte, besteht m.E. nicht. Die Ehe bringt für jeden Ehegatten gewisse Pflichten mit sich (Art. 159 ff. ZGB), welche seine persönliche Freiheit einschränken. Die Funktion des Eheschutzrichters besteht nun nicht darin, in die persönliche Freiheit der Ehegatten einzugreifen, sondern bei einer Störung der Freiheit eines Ehegatten vermittelnd einzugreifen.

Graf glaubt, dass die Beschränkungsklausel zur Rechtssicherheit und einer einheitlichen Rechtsentwicklung beitrage¹⁷⁴. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass auch die weitgefasste Kompetenz des Richters im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungs- und Ehetrennungsprozess gemäss Art. 145 ZGB nicht zu einer widersprüchlichen Rechtsprechung geführt hat. Fraglich bleibt, ob die strikte Bindung des Eheschutzrichters an die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen überhaupt eine Rechtsentwicklung zulässt¹⁷⁵.

Sehen die Ehegatten dank der Beschränkungsklausel tatsächlich voraus, was sie vor dem Eheschutzrichter erwartet? Die Lebenswirklichkeit zeigt, dass der einzelne Bürger in der Regel die einschlägigen Gesetzesbestimmungen sowieso nicht kennt, sich teilweise dafür kaum interessiert. Er ist also nicht fähig, vor auszusehen, was ihn vor dem Richter erwartet. M.E. ist es unwichtig, dass die Ehegatten klar sehen, was auf sie zukommt. Von Bedeutung ist vielmehr, dass der Eheschutzrichter diejenige Massnahme anordnet, welche dem obersten Ziel des Eheschutzes - der Aufrechterhaltung der Ehe - gerecht wird oder nach objektiver Beurteilung gerecht werden müsste.

¹⁷⁴ Diss. Graf 71.

¹⁷⁵ Verneinend Hildebrand 135.

2. Bemerkungen zu den Ansichten der Gegner

Hegnauer, Leuenberger und Kehl bekämpfen die Beschränkungsklausel mit folgenden Argumenten:

Die Klausel bewirke eine Zurücksetzung des Eheschutzrichters gegenüber dem Richter im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungs- und Trennungsprozess und zeuge von mangelndem Vertrauen in den Eheschutzrichter. Diese Kritik ist berechtigt, wenn man bedenkt, dass an unseren Bezirksgerichten ein Richter vielfach einerseits Eheschutzverhandlungen, andererseits Ehescheidungsverhandlungen durchführt. Weshalb ein Richter hier die vom Gesetz vorgesehenen (Eheschutz), dort hingegen alle ihm nötig erscheinenden Massnahmen (Ehescheidung) anordnen kann, ist nicht einzusehen. Die Beschränkung bewirkt eine Zurücksetzung und gleichzeitig eine Abwertung dieser verantwortungsvollen richterlichen Funktion.

Ausserdem schränke die Klausel den Richter in seinen Möglichkeiten so stark ein, dass er den besondern Bedürfnissen jedes einzelnen Falles nicht Rechnung tragen, ja seine Aufgabe kaum richtig erfüllen könne. M.E. wird das neue, im Umfang beträchtlich gewachsene Eheschutzrecht dem Richter trotz Beschränkungsklausel die Erfüllung seiner Aufgabe erheblich erleichtern. Eine Generalklausel hätte jedoch eher zu einem ausgewogenen Verhältnis zwischen den richterlichen Möglichkeiten und der Vielgestaltigkeit der ehelichen Verhältnisse geführt.

Schliesslich habe sich die Beschränkung auf die im Gesetz vorgesehenen Massnahmen als praktisch undurchführbar erwiesen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung bestätigt diese Ansicht. Der Eheschutz ist grundsätzlich vom Gesetz in abschliessender Weise geordnet¹⁷⁶. Trotzdem kann das Eheschutzverfahren Anlass zu Massnahmen bieten, die zwar ausserhalb des Rahmens der Normen von Art. 172 ff. ZGB stehen, jedoch in andern Bestimmungen des ZGB vorgesehen sind. Der Eheschutzrichter darf solche Massnahmen mit den eigentlichen Eheschutzmassnahmen verbinden, sofern die für jene geltenden Vorausset-

¹⁷⁶ BGE 91 II 76; BGE 91 II 417.

zungen erfüllt sind und er hierzu nach kantonalem Recht ebenfalls zuständig ist¹⁷⁷. Jedenfalls ist der Eheschutzrichter befugt, einer andern Behörde (Vormundschaftsbehörde, Jugendsekretariat etc.) einen Sachverhalt mitzuteilen, der sie zu einer Massnahme veranlassen kann¹⁷⁸.

V. SCHLUSSBEMERKUNGEN

Die Beschränkung der Kompetenz des Eheschutzrichters auf die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen ist unglücklich und kann - wie wir gesehen haben - nicht stichhaltig begründet werden. Die veränderte Lebenswirklichkeit in der Ehe, das Vertrauen in die Gerichtsbehörden und die Erfahrungen aus dem alten Recht hätten einen Verzicht auf die Beschränkungsklausel gerechtfertigt. Ich bin überzeugt, dass der Eheschutzrichter auch die generelle Ermächtigung, alle nötigen Massnahmen zu treffen, nicht missbraucht, sondern sein Bestes gegeben hätte, um vermehrt die definitive Liquidation einer Ehe durch Ehescheidung zu verhindern.

¹⁷⁷ BGE 91 II 418.

¹⁷⁸ Lemp Art. 169 N.19 (Pflichtwidriges Verhalten der Eltern gegenüber den Kindern).

§ 9 GELDLEISTUNGEN WÄHREND DES ZUSAMMENLEBENS: UNTERHALT DER FAMILIE

A VERGLEICH ZWISCHEN DEM ALTEN UND DEM NEUEN RECHT

Im alten Recht hatte der Ehemann für den Unterhalt von Weib und Kind in gebührender Weise Sorge zu tragen (Art. 160 Abs. 2 ZGB). Kam der Ehemann dieser ehelichen Pflicht nicht nach, so hatte der Eheschutzrichter gestützt auf die Gerichtspraxis die Möglichkeit, ihn gemäss Art. 171 ZGB anzuweisen, einen bestimmten Betrag seines Einkommens seiner Frau zu bezahlen¹⁷⁹.

Der partnerschaftliche Grundgedanke bei der Revision des Eherechts war wegleitend für die Anpassung der Bestimmungen bezüglich des Unterhalts der Familie (Art. 163 bis 165 ZGB). Neu sorgen die Ehegatten gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie (Art. 163 Abs. 1 ZGB). Sie verständigen sich über den Beitrag, den jeder von ihnen leistet, namentlich durch Geldzahlungen, Besorgen des Haushaltes, Betreuen der Kinder oder durch Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des andern (Art. 163 Abs. 2 ZGB).

Indem im neuen Recht auf die Zuweisung bestimmter Aufgaben an einen Ehegatten von Gesetzes wegen verzichtet wird und die Aufgabenteilung auf der Verständigung der Ehegatten beruht, werden neue Eheformen möglich, wobei die Haushaltführungsehe als herkömmliche Organisationsform weiterhin gewählt werden kann¹⁸⁰.

Die neuen Gesetzesbestimmungen über den Unterhalt der Familie führten zu einer entsprechenden Regelung im neuen Eheschutzrecht, die - wie wir anschliessend sehen werden - in der Praxis von grösster Bedeutung sein wird. Neu kann der Eheschutzrichter während des Zusammenlebens die Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie festsetzen (Art. 173 Abs. 1 ZGB). Es handelt sich bei dieser neuen Kompetenz

¹⁷⁹ Diss. Leuenberger 81.

¹⁸⁰ Diss. Bretscher 146.

des Richters um einen typischen Anwendungsfall von Uneinigkeit der Ehegatten in einer für die eheliche Gemeinschaft wichtigen Angelegenheit gemäss Art. 172 Abs. 1 ZGB. Die Bedeutung dieser Neuheit im Eheschutzrecht geht in drei Richtungen: Zunächst werden sich die Ehegatten ihren finanziellen Verpflichtungen mit grösster Zurückhaltung entziehen, wenn sie jederzeit eine Festsetzung der Geldleistungen an den Unterhalt der Familie durch den Richter befürchten müssen. Ausserdem sind die Beiträge infolge der Aufhebung des Zwangsvollstreckungsverbots unter Ehegatten jederzeit und uneingeschränkt durchsetzbar. Schliesslich kann der Eheschutzrichter neu durch die Festsetzung von Geldbeiträgen während des Zusammenlebens indirekt die Aufgabenteilung innerhalb der ehelichen Gemeinschaft beeinflussen.

M.E. stellt Art. 173 ZGB die bedeutendste Neuerung innerhalb des Eheschutzrechts dar. Deshalb ist eine umfassende Darstellung gerechtfertigt, welche auch eine Analyse der neuen gesetzlichen Regelung über den Unterhalt der Familie erfordert.

B DIE GESETZLICHE GRUNDLAGE FÜR DEN UNTERHALT DER FAMILIE

I. GRUNDSÄTZE

1. Häusliche Gemeinschaft

Der Eheschutzrichter kann Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie während des Zusammenlebens festsetzen. Die Ehegatten müssen in häuslicher Gemeinschaft leben, um ein Begehren nach Art. 173 ZGB zu stellen. Getrennt lebende Ehegatten haben Unterhaltsansprüche nach Art. 176 Abs. 1 ZGB, sofern die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes begründet ist.

2. Gemeinsame Sorge

Die Ehegatten sorgen - anders als im alten Recht - gemeinsam für den Familienunterhalt. Sie tragen die ehelichen Lasten gemeinsam, wobei nicht die Form der Beitragsleistung ausschlaggebend ist, sondern die Erreichung des Zwecks, das heisst die vollständige Deckung der ehelichen Lasten. Es ist unwesentlich, welcher Ehegatte den grösseren Beitrag geleistet hat, sofern der Zweck tatsächlich erreicht wird.

Jeder Ehegatte schuldet Unterhalt und kann Unterhalt verlangen. Zwischen den im Interesse der Familie zu erbringenden Leistungen besteht keine synallagmatische Verknüpfung. Erbringt ein Ehegatte seine Leistung nicht, so darf der andere seinen Beitrag nicht als Konsequenz zurückbehalten¹⁸¹.

3. Proportionalität der Belastung

Die Ehegatten sorgen "ein jeder nach seinen Kräften" für den gebührenden Unterhalt der Familie.

Im alten Recht war klar umschrieben, welcher Ehegatte seine Kräfte auf welchem Gebiet einzusetzen hatte¹⁸². Die Kräfte waren voll einzusetzen.

Im neuen Recht sind die Ehegatten gemeinsam für den Unterhalt der Familie verantwortlich. Sie entscheiden selbst, unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der ehelichen Gemeinschaft und ihrer persönlichen Umstände, wer seine Kräfte auf welchem Gebiet in welchem Grad einsetzen soll.

Mit dem Begriff "ein jeder nach seinen Kräften" wird der Grundsatz der Proportionalität der Belastung neu gesetzlich verankert. Er besagt, dass eine etwas einseitigere, unausgewogenere Lastentragung möglich ist, ohne das Mass oder die Art der Leistung näher zu

¹⁸¹ Münchner Kommentar § 1360 N.7.

¹⁸² So hatte der Ehemann seine Kräfte für den Gelderwerb, die Ehefrau ihre Kräfte für die Haushaltsführung einzusetzen.

bestimmen¹⁸³. Gernhuber sieht den Grundsatz der Proportionalität der Belastung als wechselseitige Verpflichtung der Ehegatten, durch Arbeit oder Geldleistungen an den Unterhalt der Familie beizutragen. Insofern könnten die Ehegatten durch die Wahl eines bestimmten Ehetyps auch die Verteilung der Lasten in der Ehe beeinflussen. Nie aber könnten sie sich der Wechselseitigkeit, nie dem Grundsatz der Proportionalität entziehen. Eine Doppelverdienerehe unter Belastung nur eines Ehegatten für die Kosten des Lebensbedarfs sei ebensowenig eine der Autonomie der Ehegatten offenstehende Möglichkeit wie eine Hausfrauenehe ohne Berücksichtigung der Tätigkeit im Haushalt im Unterhaltsrecht¹⁸⁴.

4. Verständigung über den Beitrag

Die Ehegatten verständigen sich über den Beitrag, den jeder von ihnen leistet (Art. 163 Abs. 2 ZGB). Damit treffen sie einen Entscheid von grosser Bedeutung. Sie verteilen die Aufgaben innerhalb ihrer ehelichen Gemeinschaft oder einigen sich auf eine bestimmte Eheform¹⁸⁵.

Kommt eine Einigung zwischen den Ehegatten nicht zustande, so liegt eine Uneinigkeit in einer für die eheliche Gemeinschaft wichtigen Angelegenheit vor (Art. 172 Abs. 1 ZGB). Die Ehegatten können beim Eheschutzrichter die Festsetzung der Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie verlangen (Art. 173 Abs. 1 ZGB). Inwieweit der Eheschutzrichter hierbei die Aufgabenteilung innerhalb der ehelichen Gemeinschaft beeinflussen kann, werden wir später untersuchen¹⁸⁶.

¹⁸³ Diss. Bretscher 152.

¹⁸⁴ Gernhuber in FamRZ 1979, 198.

¹⁸⁵ Botschaft 61.

¹⁸⁶ Vgl. § 9 C II. 1.

II. DER GEGENSTÄNDLICHE INHALT DES UNTERHALTS DER FAMILIE

1. Grundsatz

Der Begriff "Unterhalt der Familie" umfasst wie im alten Recht den gesamten Lebensbedarf der Familie.

Der Inhalt des Unterhalts der Familie scheint sich gegenüber der bisherigen Unterhaltspflicht des Ehemannes nur geringfügig geändert zu haben. Doch dürfen dabei die zeitbedingten Einflüsse auf die aus dem Unterhalt der Familie abgeleiteten Einzelbedürfnisse nicht unterschätzt werden. Parallel zur erfolgten finanziellen Besserstellung weiter Bevölkerungskreise ist nicht nur eine grosszügigere Auslegungspraxis hinsichtlich der Einzelbedürfnisse einhergegangen, sondern es erfolgte auch eine beachtliche Prioritätenverlagerung innerhalb der verschiedenen Bedürfnisse. Die allgemeine Bedürfnisumstrukturierung bewirkte eine entsprechende Erhöhung der Aufwendungen für zwar nicht unbedingt lebensnotwendige, aber heute doch zum normalen Lebensstandard gehörende Bedürfnisse wie beispielsweise Ferien oder Hobbies¹⁸⁷.

2. Die einzelnen Faktoren des Unterhalts der Familie

Wie erwähnt, haben sich die einzelnen Bedürfnisse des Unterhalts der Familie im neuen Recht kaum verändert. Bezüglich der unveränderten Einzelbedürfnisse kann auf die Darstellung von Bretscher verwiesen werden¹⁸⁸. Einer näheren Beleuchtung bedürfen insbesondere folgende Einzelbedürfnisse der Ehegatten: der Anspruch auf Aus- bzw. Weiterbildung, den wir an dieser Stelle besprechen möchten, und der Anspruch auf Taschengeld, auf den wir - von der Systematik her bedingt - später im Rahmen der Geldleistungen eingehen werden¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Diss. Bretscher 142/143.

¹⁸⁸ Diss. Bretscher 18 ff.

¹⁸⁹ Vgl. § 9 B IV. 2. d).

Ein bei der Eheschliessung studierender oder ein nach Auszug der Kinder weiterbildungswilliger Ehegatte hat ein Recht auf Abschluss des Studiums bzw. Weiterbildung, sofern er bereit ist, nebst der Ausbildung seinen Beitrag zum Unterhalt der Familie zu leisten. Dieser Beitrag kann in der Haushaltsführung oder aus Geldbeiträgen bestehen. Der in Ausbildung stehende Ehegatte ist berechtigt, auf Geldleistungen an den Unterhalt der Familie zu verzichten, wenn das Erwerbseinkommen des anderen Ehegatten den Lebensbedarf der Familie zu decken vermag und sich die Ehegatten entsprechend geeinigt haben. Bei fehlender Einigung liegt m.E. eine Uneinigkeit in einer wichtigen Angelegenheit vor¹⁹⁰. Der Eheschutzrichter kann gemäss Art. 172 Abs. 1 ZGB um Vermittlung angerufen werden.

Hat ein Ehegatte das Bedürfnis nach Aus- oder Weiterbildung, so kommt der Verständigung unter den Ehegatten über die Form des Beitrages an den Unterhalt der Familie grösste Bedeutung zu (Art. 163 Abs. 2 ZGB). Ein Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofes¹⁹¹ illustriert die Auswirkungen einer Verständigung im Sinne von Art. 163 Abs. 2 ZGB zwischen einem Studenten und einer Chefsekretärin:

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger studierte seit 1968 auf dem zweiten Bildungsweg Psychologie. Im Jahre 1972 heiratete die Beklagte den Kläger als Studenten, einen Monat nach der mit "gut" bestandenen Vorprüfung in Psychologie. Die Parteien gestalteten ihre Lebensgemeinschaft in gegenseitigem Einverständnis von Anfang an so, dass der Kläger seinem Studium, die Beklagte ihrer Erwerbstätigkeit als Chefsekretärin nachging. Der soziale Zuschnitt der ehelichen Lebensgemeinschaft war nach dieser Aufgabenteilung darauf ausgerichtet, den Kläger aus dem Beruf des kaufmännischen Angestellten herauszuführen und ihm eine akademische Ausbildung und zukünftige Tätigkeit als Psychologe zu ermöglichen. Die Ehegatten erwarteten, der Kläger werde diese Ausbildung später für die eheliche Lebensgemeinschaft auch wirtschaftlich nutzbar

¹⁹⁰ Vgl. § 8 B III.

¹⁹¹ FamRZ 1980, 126/127.

machen. Seit etwa Mitte 1974 litt der Kläger während Jahren an einer psychischen Erkrankung. Vom 25. August 1977 bis 1. März 1978 erfolgte eine stationäre Behandlung in einem Krankenhaus. Dadurch wurde seine gesamte Arbeitskraft in Anspruch genommen. Infolge wahnhafter Vorstellungen war er nicht mehr in der Lage, sein erfolgreich begonnenes Studium zielstrebig fortzusetzen. Die Ehe der Parteien wurde im Frühjahr 1978 geschieden.

Aus den Urteilserwägungen:

Dass sich die Erwartung der Parteien, die Ausbildung des Klägers später für die Ehe wirtschaftlich nutzbar zu machen, infolge der Ehescheidung als unerfüllbar erwiesen hat, kann grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Entscheidend ist, dass eine Erwerbstätigkeit des Klägers dem Massstab, nach dem die Ehe der Parteien geordnet war, nicht entspricht. Sie ist damit - auch unter Berücksichtigung der immerhin fast sechsjährigen Dauer der Ehe - nicht angemessen, solange der Kläger sein Studium mit Nachdruck betreibt und dessen erfolgreicher Abschluss innerhalb zumutbarer Zeit zu erwarten ist.

Der Anspruch des Klägers auf Unterhalt nach § 1575 Abs. 1 BGB besteht längstens für die Zeit, in der eine Ausbildung im allgemeinen abgeschlossen wird. Seit Beginn des Studiums im Jahre 1968 ist diese Zeit an sich überschritten. Ehebedingte Verzögerungen sind zu berücksichtigen. Die krankheitsbedingte Verzögerung der Ausbildung weist mit der Ehe einen inneren Zusammenhang auf dadurch, dass sie als solche von den Ehegatten planmässig und einverständlich in Kauf genommen wurde. Das ist insbesondere der Fall, wenn der ausbildungswillige Ehegatte nach der ehelichen Aufgabenteilung studieren sollte und die Ehegatten an dieser Aufgabenteilung trotz seiner längeren Erkrankung festhielten. Eine krankheitsbedingte Verzögerung der Ausbildung, die von dem einverständlich aufrechterhaltenen Plan der Ehegatten gedeckt ist, steht einer ehebedingten Verzögerung i.S. von § 1575 Abs. 1 BGB jedenfalls gleich, mag auch die Krankheit selbst nichts mit der Ehe zu tun haben.

Der Unterhaltsanspruch des Klägers besteht unter diesen Umständen auch dann, wenn schon zu Beginn der Verzögerung der Ausbildung die Zeit, in der eine solche Ausbildung im allgemeinen abgeschlossen wird, abgelaufen war. Dem Kläger muss auch nach der Ehescheidung Unterhalt gewährt werden, solange, bis seine Ausbildung nach Wiederaufnahme nunmehr unter vergleichbaren Bedingungen, insbesondere unter Berücksichtigung der genannten Verzögerung, im allgemeinen abgeschlossen wird.

Ein wichtiger Faktor des Unterhalts der Familie bildet schliesslich der Lebensbedarf der Kinder gemäss Art. 276 ZGB. Besonders bedeutsam sind die Kosten für die Erziehung und eine den Neigungen und Fähigkeiten entsprechende Berufsausbildung. Zu den persönlichen Bedürfnissen von Kleinkindern gehören Spielsachen. Ältere Kinder haben Anspruch auf ein angemessenes Taschengeld. Für das Taschengeld gelten dieselben Grundsätze wie für das Taschengeld der Ehegatten.

III. DAS MASS DES UNTERHALTS

Gemäss Art. 163 Abs. 1 ZGB sorgen die Ehegatten gemeinsam für einen "gebührenden" Unterhalt der Familie. Gebührend ist, was den wirtschaftlichen Verhältnissen der Ehegatten entspricht. Das Mass des gesamten Unterhalts der Familie bestimmt sich nach den finanziellen Mitteln (Einkommen und Vermögen beider Ehegatten) und dem von den Ehegatten gewählten Lebensstil¹⁹².

Zu den finanziellen Mitteln zählen neu auch Einkommen und Vermögen der Ehefrau. Dabei werden sämtliche laufenden Einnahmen aus Erwerbstätigkeit und Vermögen berücksichtigt. Dient das Einkommen bei vernünftiger Lebensführung nicht voll der Deckung des Lebensbedarfs, sondern teilweise der Vermögensbildung, so kann es nicht in voller Höhe der Bemessung des ehelichen Lebensstandards zugrunde gelegt werden. Es widerspricht in der Regel den ehelichen Lebensver-

¹⁹² Botschaft 60; Diss. Bretscher 143.

hältnissen, den Stamm des Vermögens ohne Not anzugreifen. Das Vermögen selbst ist grundsätzlich ausser als Einkommensquelle nicht von Bedeutung für das Mass des Unterhalts, es sei denn, die Ehegatten hätten sich entsprechend geeinigt¹⁹³.

Nebst den finanziellen Mitteln bestimmt sich das Mass des Unterhalts nach dem vereinbarten Lebensstil. Die Ehegatten treffen neu gemeinsam die Wahl des für sie geeigneten Lebensstils. Der Wille eines Ehegatten allein, selbst wenn es der alleinverdienende Teil ist, kann nicht mehr ausschlaggebend sein, da der nichterwerbstätige Partner die Geldzahlungen des andern durch Beiträge anderer Natur (Haushaltführung, Kinderbetreuung etc.) voll abgelden kann. Jedenfalls muss sich der Lebensstil der Ehegatten im Rahmen der gemeinsamen Leistungsfähigkeit bewegen¹⁹⁴.

Sind sich die Ehegatten bezüglich des Masses des Unterhalts nicht einig, können sie gemeinsam oder einzeln den Eheschutzrichter anrufen. Der Richter setzt dann die Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie fest (Art. 173 Abs. 1 ZGB).

IV. DIE ART DER BEITRAGSLEISTUNGEN AN DEN UNTERHALT DER FAMILIE

1. Vorbemerkungen

Im neuen Recht verständigen sich die Ehegatten über den Beitrag, den jeder an den Unterhalt der Familie leistet. Art. 163 Abs. 2 ZGB statuiert verschiedene Möglichkeiten von Unterhaltsbeiträgen. Da der Eheschutzrichter neu gemäss Art. 173 ZGB die Geldleistungen an den Unterhalt der Familie festsetzen kann, interessiert uns in erster Linie diese Beitragsform. Deshalb besprechen wir nachfolgend zuerst die Geldzahlungen, möchten aber anschliessend auch kurz auf die andern Beitragsformen eingehen.

¹⁹³ Kommentar zum BGB, 1981, § 1360 N.11/12.

¹⁹⁴ Diss. Bretscher 144/145.

2. Geldleistungen

a) Aus Erwerbstätigkeit

Grundsätzlich stammen die Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie aus der Erwerbstätigkeit eines oder beider Ehegatten. Ein erwerbstätiger Ehegatte muss seine Arbeitskraft voll einsetzen und bestrebt sein, das seiner Ausbildung und seinen Fähigkeiten entsprechende Einkommen zu erzielen. Wer im erlernten Beruf genügend verdient, um den Lebensbedarf der Familie zu decken, ist nicht zu einem Berufswechsel oder zur Leistung von Ueberstunden verpflichtet, nur um den Lebensstandard der Familie zu erhöhen oder kostspielige Anschaffungen zu ermöglichen. Wer in seinem Beruf kein ausreichendes Einkommen erzielt, muss jedoch unter Umständen eine Umschulung auf sich nehmen und dann den Beruf wechseln. Dem für den innerhäuslichen Bereich zuständigen Ehegatten ist allenfalls die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit eher zuzumuten als dem berufstätigen Ehegatten ein schwieriger Berufswechsel¹⁹⁵. Es muss immer wieder darauf hingewiesen werden, dass eine befriedigende Lösung letztlich nur unter Berücksichtigung der konkreten Bedürfnisse der ehelichen Gemeinschaft und der persönlichen Umstände der Ehegatten gefunden werden kann (Art. 163 Abs. 3 ZGB).

b) Aus Vermögen

Ein vermögender Ehegatte kann Geldbeiträge aus den Erträgen seines Vermögens an den Unterhalt der Familie beisteuern. Insoweit besteht keine Verpflichtung zu einer Erwerbstätigkeit. Das Vermögen selbst darf nur verwertet werden, sofern beide Ehegatten einverstanden sind und das ihren Lebensverhältnissen entspricht. Bei jungen Ehegatten kommt eine Verwertung des Vermögens wohl selten, bei älteren Ehepaaren (insbesondere Rentnern) häufiger in Frage¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Münchner Kommentar § 1360 N.15; vgl. § 9 C III. 3.

¹⁹⁶ Münchner Kommentar § 1360 N.13/14; Diss. Bretscher 148.

c) Das Haushaltgeld

Der gebührende Unterhalt bezieht sich auf den gesamten Lebensbedarf einer Familie¹⁹⁷. Er beinhaltet unter anderem die Mittel zur Bestreitung der Kosten des Haushaltes. Diese Geldmittel bezeichnet das schweizerische Recht mit "Haushaltgeld", das deutsche Recht mit "Wirtschaftsgeld". Die Bezeichnung in Deutschland ist m.E. glücklicher, insofern als jedermann unmissverständlich unter Wirtschaftsgeld den Betrag des haushaltführenden Ehegatten versteht, mit dem dieser zu "wirtschaften" hat.

Das Haushaltgeld dient ausschliesslich dem Unterhalt der Familie. Es steht weder dem einen noch dem andern Ehegatten zur Befriedigung persönlicher Bedürfnisse zur Verfügung¹⁹⁸. Die nähere Abgrenzung, welche Anschaffungen konkret aus dem Haushaltgeld bestritten werden, und die Festsetzung der Höhe des Haushaltgeldes fallen in den gemeinsamen Entscheidungsbereich der Ehegatten.

Die Verwendung des Haushaltgeldes ist streng zweckgebunden. Deshalb steht dem zahlenden Ehegatten kein Recht zu, das Haushaltgeld nach Gutdünken zu kürzen. Andererseits ist der haushaltführende Ehegatte nicht befugt, durch möglichst sparsame Haushaltsführung Ueberschüsse herauszuwirtschaften oder durch verschwenderische Ausgaben das Wohl der Familie zu beeinträchtigen¹⁹⁹.

In einer Doppel- oder Zuverdienstehe richtet sich die Höhe des Haushaltgeldes nach dem Einkommen beider Ehegatten. Auch wenn der eine Ehegatte genug verdient, um das ganze Haushaltgeld zu bezahlen, ist der andere Ehegatte nicht berechtigt, sein Einkommen für sich zu behalten. Unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der ehelichen Gemeinschaft und der persönlichen Umstände der Ehegatten hat ein mitverdie-

¹⁹⁷ Vgl. § 9 B II. 1.

¹⁹⁸ BGE 51 II 101.

¹⁹⁹ Bergerfurth 102/103, Kommentar zum BGB § 1360a N.10.

nender, haushaltführender Ehegatte stets auch finanziell zum Familienunterhalt beizutragen²⁰⁰.

d) Das Taschengeld

Schon im alten Recht hatte die Ehefrau gemäss Lehre und Rechtsprechung einen Anspruch auf ein Taschengeld²⁰¹. Das neue Recht stellt den haushaltführenden Ehegatten dem erwerbstätigen gleich, indem es dem ersteren einen angemessenen Betrag zur freien Verfügung garantiert (Art. 164 Abs. 1 ZGB). Das Taschengeld ist in diesem Betrag inbegriffen.

Beim Taschengeld handelt es sich um die finanzielle Seite des Intimbereiches, der auch in der Ehe jedem Ehegatten grundsätzlich zusteht²⁰². Im Unterschied zum Haushaltgeld steht es jedem Ehegatten frei, wofür er sein Taschengeld und wieviel davon er gebrauchen will. Die Ehegatten sind sich also bezüglich des Taschengeldes keine Rechenschaft schuldig²⁰³.

Die Abgrenzung, was vom Haushaltgeld und was vom Taschengeld zu bezahlen ist, wird oft schwierig sein. Nur eine klare Absprache zwischen den Ehegatten kann Missverständnisse oder sogar Streitereien verhindern.

Die Höhe des Taschengeldes kann nicht generell bestimmt werden. Es kommt entscheidend auf die Höhe des Einkommens, die Grösse der Familie und die Wirtschaftsweise der Eheleute an. Bedenkt man, dass die Mehrheit der Schweizerbürger ein monatliches Einkommen um Fr. 3000.-- erzielt, so bleiben unter Berücksichtigung der Richtlinien des Obergerichtes des Kantons Zürich für die Berechnung des Existenzminimums ca. 5 bis 7 % als Taschengeld übrig. Absolut gesehen sind das ca. Fr. 100.-- pro Ehegatte. Eine Untersuchung unter Volksschülern

²⁰⁰ FamRZ 1979, 428.

²⁰¹ Lemp Art. 160 N.27.

²⁰² Bergerfurth 103.

²⁰³ Diss. Bretscher 140.

der Stadt Chur²⁰⁴ führte m.E. zu einem erstaunlichen Ergebnis: Die Schüler der 5. Klasse erhalten im Durchschnitt Fr. 9.--, die 6. Klässler Fr. 12.--, die 7. Klässler Fr. 15.-- und die 9. Klässler Fr. 30.-- Taschengeld pro Monat. Die bestgestellten Schüler der Stadt Chur erhalten ein Taschengeld von Fr. 108.--, können sich demzufolge mehr als der Durchschnitts-Ehegatte leisten.

3. Arbeitsleistungen

a) Vorbemerkungen

Am Anfang des Kapitels "Beitragsleistungen an den Unterhalt der Familie" haben wir uns vorgenommen, die Geldleistungen in erster Priorität zu behandeln²⁰⁵. Die Begründung liegt darin, dass der Eheschutzrichter neu während des Zusammenlebens die Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie festsetzen kann. Wie wir später sehen werden, spielen die Arbeitsleistungen des innerhäuslichen Bereichs (Haushaltführung, Kinderbetreuung) für den Richter vorfrageweise eine nicht zu unterschätzende Rolle. Es lohnt sich, an dieser Stelle der Arbeit auf die Beitragsformen Haushaltführung und Kinderbetreuung näher einzugehen.

Die Gleichstellung der Arbeits- mit den Geldleistungen innerhalb der ehelichen Gemeinschaft ist gegenüber dem alten Recht ein gewaltiger Fortschritt. Dieser kommt besonders der Ehefrau zugut, ist sie doch diejenige, welche heute und wahrscheinlich auch in Zukunft vor allem mit der Hausarbeit und der Kinderbetreuung konfrontiert ist. Allerdings könnte gerade der an sich positive Aspekt der Besserstellung des im innerhäuslichen Bereich tätigen Ehegatten die falsche Vorstellung wecken, dass in allen Ehen ein Ehegatte ausschliesslich für die innerhäuslichen Aufgaben, der andere ausschliesslich für die Erwerbstätigkeit zuständig sein müsse. Dadurch würde die grundsätzlich freie Ausgestaltungsmöglichkeit der Ehe auf ein einziges Modell reduziert, das lediglich bezüglich des Rollenabtausches eine gewisse Flexibilität

²⁰⁴ NZZ Nr. 226/1984, 7.

²⁰⁵ Vgl. § 9 B IV. 1.

zuliesse²⁰⁶. Das neue Recht deckt auch alle Ehen, bei denen jeder Ehegatte mit einer Kombination von innerhäuslichen Leistungen und Erwerbstätigkeit zum Unterhalt der Familie beiträgt. Denken wir nur daran, wieviele Ehefrauen einer Teilzeiterwerbstätigkeit nachgehen, sobald die Kinder älter und somit auch selbständiger geworden sind²⁰⁷. Für dieses Ehemodell hatten unsere Vorfahren kein Verständnis. Das alte Recht liess auch keinen Spielraum für eine solche Organisation innerhalb der Ehegemeinschaft.

b) Haushaltführung

Ist einem Ehegatten die Haushaltführung überlassen, so erfüllt er seine Verpflichtung, durch Arbeit zum Unterhalt der Familie beizutragen, in der Regel durch die Führung des Haushalts (§ 1360 BGB). Die Ehegatten verständigen sich über den Beitrag, den jeder von ihnen leistet, namentlich durch Geldzahlungen, Besorgen des Haushaltes, Betreuen der Kinder oder durch Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des anderen (Art. 163 Abs. 2 ZGB).

Im deutschen Recht wird die Haushaltführung als vollwertige Arbeitsleistung speziell hervorgehoben. Haushaltführung ist ein der Unterhaltsgewährung aus Erwerbstätigkeit oder Vermögen gleichwertiger und nicht ergänzungsbedürftiger Beitrag zum Unterhalt der Familie²⁰⁸. Im schweizerischen Recht wird die Haushaltführung im Rahmen einer Aufzählung von verschiedenen Beitragsarten erwähnt, wobei ihr hinter den Geldzahlungen ein Ehrenplatz eingeräumt wurde. Es darf m.E. davon ausgegangen werden, dass Haushaltführung, oft verbunden mit Kinderbetreuung, der Erwerbstätigkeit entspricht, wenn sie den gleichen Zeitaufwand und einen ähnlich intensiven Einsatz der persönlichen Kräfte des haushaltführenden Ehegatten erfordert²⁰⁹.

²⁰⁶ Diss. Bretscher 180.

²⁰⁷ Botschaft 61.

²⁰⁸ Münchener Kommentar § 1360 N.19.

²⁰⁹ Botschaft 61.

Ist die Haushaltsführung einem Ehegatten überlassen, so führt er den Haushalt grundsätzlich auf eigene Verantwortung. Er ist berechtigt und gleichzeitig verpflichtet. Die Definition des genauen Verantwortungsbereichs ist problematisch, da Angelegenheiten der Haushaltsführung mit solchen des ehelichen Zusammenlebens kollidieren können. Zur Haushaltsführung zählen jedenfalls die Reinigung der Wohnung, der Einkauf von Artikeln für den täglichen Bedarf (Verpflegung, Putzmittel, Arzneimittel, etc.), die Zubereitung der Mahlzeiten und das Waschen der Kleider. Fallen aber die Anstellung einer Hilfskraft oder der Kauf eines Haustiers in die alleinige Kompetenz des haushaltführenden Ehegatten? Im Einzelfall ist die neue gesetzliche Bestimmung über die Vertretung der Gemeinschaft (Art. 166 ZGB) massgebend²¹⁰.

Selbst wenn die Haushaltsführung einem Ehegatten allein übertragen ist, besteht in einem gewissen Rahmen für den anderen Ehegatten die Pflicht, im Haushalt zu helfen. Diese Pflicht kann aus den Art. 159 Abs. 3 und Art. 163 Abs. 1 ZGB hergeleitet werden. Art und Umfang der Mitarbeitspflicht bestimmen sich nach der Vereinbarung der Ehegatten und den konkreten Verhältnissen. Ein kranker oder beruflich stark belasteter Ehegatte wird im Haushalt weniger Hand anlegen können als ein Rentner. Der "Herr im Hause", der sich auf seinen Lorbeeren ausruht und den andern Ehegatten allein arbeiten lässt, fügt sich in das Bild echter Lebensgemeinschaft ebensowenig ein wie die Witzblattfigur des ewig geschirrspülenden Pantoffelhelden²¹¹. Nimmt die Ehefrau im gegenseitigen Einverständnis oder aus Notwendigkeit eine Erwerbstätigkeit auf, so muss der Ehemann einen grösseren Teil der Haushaltarbeiten übernehmen, damit der Grundsatz der Proportionalität der Belastung gewahrt bleibt. Andererseits muss die Ehefrau aus dem durch ihre Erwerbstätigkeit erzielten Salär regelmässig zum Familienunterhalt beitragen²¹².

²¹⁰ Vgl. § 11 B III.

²¹¹ Bergerfurth 64/65.

²¹² Botschaft 61; Diss. Bretscher 68.

Eine Verwahrlosung des ehelichen Haushalts infolge Unfähigkeit oder Liederlichkeit des oder der haushaltführenden Ehegatten kann das Wohl der Familie ernsthaft gefährden. Im Extremfall kann ein solcher Haushalt das eheliche Zusammenleben derart belasten, dass es zur Auflösung des gemeinsamen Haushaltes oder sogar zur Scheidung kommt²¹³.

c) Kinderbetreuung

aa) Einleitung

Die gesetzliche Verankerung der Betreuung der Kinder ist nicht neu. Hingegen wird neu diese innerhäusliche Funktion als vollwertiger Beitrag zum Unterhalt der Familie anerkannt und mit den andern Beitragsformen, Haushaltsführung und Geldleistung, gleichgestellt.

Die Hauptlast der Kinderbetreuung trifft heute praktisch ausnahmslos die Ehefrau. Von ihr wird während Jahren ein grosser Einsatz in psychischer und physischer Hinsicht abverlangt.

Eine seriöse Betreuung von mehreren Kleinkindern wird auch in Zukunft einer Berufstätigkeit der Betreuungsperson entgegenstehen. Die häusliche Abwesenheit und die berufliche Anspannung des die Kinder betreuenden Ehegatten können die Stabilität der Familie so stark beeinträchtigen, dass die Vermehrung der finanziellen Mittel allein die Doppelfunktion Beruf/Familie nicht zu rechtfertigen vermag. Da die Kinderbetreuung als vollwertiger Beitrag von Gesetzes wegen anerkannt wird, ist die Haushaltsführungsehe - im alten Recht die einzige Eheform - immer noch attraktiv. Die reine Doppelverdiener Ehe wird vom Gesetz weder ausgeschlossen noch besonders gefördert. Welche Eheform sich in einer Familie auf die Kinder am günstigsten auswirkt, hängt weitgehend von den Umständen ab. Die Lebenswirklichkeit zeigt, dass aus allen Eheformen sog. "Schlüsselkinder" hervorgehen können, die sich zu Hause selbst überlassen sind.

²¹³ Egger Art. 142 N.8.

Der Inhalt der Kinderbetreuung deckt sich weitgehend mit dem Inhalt der elterlichen Gewalt. Er umfasst im wesentlichen Pflege, Erziehung, Aufsicht und gesetzliche Vertretung.

bb) Pflege und Erziehung der Kinder

Die Eltern leiten im Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung und treffen unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen (Art. 301 Abs. 1 ZGB). Die Eltern haben das Kind ihren Verhältnissen entsprechend zu erziehen und seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung zu fördern und zu schützen (Art. 302 Abs. 1 ZGB). Sie haben dem Kind eine angemessene, seinen Fähigkeiten und Neigungen soweit möglich entsprechende allgemeine und berufliche Ausbildung zu verschaffen (Art. 302 Abs. 2 ZGB).

Die Pflege des Kindes umfasst insbesondere Ernährung, Bekleidung und Betreuung.

Die Erziehung besteht in der häuslichen Unterstützung der Schule, der Wahl der Ausbildung, der Wahl des Berufes, der Charakterformung, der körperlichen und geistigen Ertüchtigung und der Ueberwachung des brieflichen und persönlichen Verkehrs des Kindes. Die Erziehung schliesst die Kompetenz zur Anwendung der nötigen Erziehungsmittel ein, wobei die Züchtigungsmittel nicht gesetzlich verankert sind²¹⁴. Erziehungsschwierigkeiten treten in jeder Familie auf und müssen von den Eltern mit vereinten Anstrengungen gemeistert werden²¹⁵. Uneinigkeit der Eltern in der Kindererziehung kann in gravierenden Fällen Uneinigkeit in einer für die eheliche Gemeinschaft wichtigen Angelegenheit bedeuten. Klagen eines Ehegatten über eine extrem strenge oder large Kindererziehung und über die Vernachlässigung der Kinder durch den Partner sind in der Verhandlung vor dem Eheschutzrichter recht häufig. Gemäss Art. 172 Abs. 1 ZGB ist der Eheschutzrichter für die Vermittlung zuständig²¹⁶.

²¹⁴ Hegnauer, Kindesrecht 140.

²¹⁵ Bergerfurth 95.

²¹⁶ Vgl. § 8 B III.

Bei Gefährdung des Kindeswohls trifft die Vormundschaftsbehörde die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Eheschutzrichter und Vormundschaftsbehörde bei Massnahmen zum Schutz der Person des Kindes ist ein heikles Problem. Wir werden später darauf zurückkommen²¹⁷.

cc) Die Aufsichtspflicht über die Kinder

Zur Betreuung der Kinder gehört neben Pflege und Erziehung die Beaufsichtigung. Die Eltern haben nicht nur ihr Kind selbst vor Schaden zu bewahren, sondern sind verantwortlich, wenn Drittpersonen durch ihr Kind geschädigt werden.

Verursacht ein unmündiger Hausgenosse einen Schaden, so ist das Familienhaupt dafür haftbar, insofern es nicht darzutun vermag, dass es das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet hat (Art. 333 Abs. 1 ZGB). Die Haftung setzt kein Verschulden des Familienhauptes voraus. Es ist eine Kausalhaftung²¹⁸.

Das Mass der zu beobachtenden Sorgfalt beurteilt sich nach zwei Faktoren: einerseits sind Uebung, Notwendigkeiten und Gepflogenheiten des Lebens, anderseits die besondern Umstände des Falles massgebend. Bei den besondern Umständen spielen Alter, Charakter und Entwicklungsgrad des Kindes eine wichtige Rolle²¹⁹.

Eine erhöhte Aufsichtspflicht ist bei Kindern angezeigt, die zu üblen Streichen und Unarten sowie dazu neigen, den Belehrungen und Weisungen der Eltern nicht Folge zu leisten. Grössere Kinder werden blosser Ermahnungen oder allgemeine Verhaltensregeln kaum beachten. Der Umfang des angerichteten Schadens ist nicht selten erheblich, so beispielsweise bei Augenverletzungen, Feuersbrunst, etc. Zu Recht

²¹⁷ Vgl. § 13 C IV. 2.

²¹⁸ Oftinger, Haftpflichtrecht 237 ff.

²¹⁹ Oftinger, Haftpflichtrecht 272 ff.

wird deshalb den Eltern minderjähriger Kinder immer wieder empfohlen, eine Privat-Haftpflichtversicherung abzuschliessen²²⁰.

dd) Die gesetzliche Vertretung des Kindes

Die Eltern haben von Gesetzes wegen die Vertretung des Kindes gegenüber Dritten im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Gewalt (Art. 304 Abs. 1 ZGB). Die Bestimmungen über die Vertretung des Bevormundeten finden entsprechende Anwendung (Art. 304 Abs. 3 ZGB). Die Eltern vertreten also gemäss Art. 407 ZGB das Kind in allen rechtlichen Angelegenheiten.

Die Eltern haben sich in der Vertretung des Kindes von dessen Wohl leiten zu lassen. Sie haben in wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, auf die Meinung des Kindes Rücksicht zu nehmen. Diese Rücksicht ist auch gegenüber einem noch nicht sechzehnjährigen Kind geboten²²¹, sofern es urteilsfähig ist. Zulasten des Kindes dürfen keine Bürgschaften eingegangen, keine erheblichen Schenkungen vorgenommen und keine Stiftungen errichtet werden (Art. 408 ZGB).

Das Kind hat unter der elterlichen Gewalt die gleiche beschränkte Handlungsfähigkeit wie eine bevormundete Person (Art. 305 Abs. 1 ZGB). Es kann mit Zustimmung der Eltern Verpflichtungen begründen und Verfügungen treffen. Von Gesetzes wegen vorgeschrieben ist die Zustimmung der Eltern insbesondere für die Verlobung und die Eheschliessung des Kindes sowie für die Anerkennung eines ausserehelichen Kindes durch das Kind²²².

Kinder unter elterlicher Gewalt können, Urteilsfähigkeit vorausgesetzt, unter Zustimmung der Eltern für die Gemeinschaft handeln, verpflichten damit aber nicht sich selbst, sondern die Eltern (Art. 306 Abs. 1 ZGB). Das Kind braucht nicht ausdrücklich im Namen der Eltern aufzutreten. Es genügt, wenn aus den Umständen hervorgeht, dass es

²²⁰ Bergerfurth 96.

²²¹ Hegnauer, Kindesrecht 144/145.

²²² Hegnauer, Kindesrecht 144.

für die Gemeinschaft handelt²²³. Im täglichen Leben trifft man deshalb häufig Kinder beim Einkauf von Lebensmitteln, am Kiosk oder am Skilift an.

ee) Schlussbemerkungen

Die Betreuung der Kinder ist ein wichtiges Bedürfnis in der ehelichen Gemeinschaft. Wir haben gesehen, dass die Betreuungsfunktion ein sehr breites Tätigkeitsfeld bietet, aber bezüglich Präsenzzeiten und Verantwortung hohe Anforderungen an den betroffenen Ehegatten stellt. Wer es versteht, die Kinder durch alle Altersstufen auf das selbständige Leben vorzubereiten, am Anfang als Erzieher, später als Partner, leistet m.E. den wertvollsten Beitrag an den Unterhalt der Familie.

C DIE FUNKTION DES EHESCHUTZRICHTERS IN ART. 173 ABS. 1 ZGB

I. EINIGKEIT DER EHEGATTEN BEZÜGLICH DER AUFGABENTEILUNG - UNEINIGKEIT BEZÜGLICH DER GELDBEITRÄGE AN DEN UNTERHALT DER FAMILIE

1. Altes Recht

Ursprünglich entsprach die Form der Hausfrauenehe der Lebenswirklichkeit. Die Aufgabenteilung war im Gesetz entsprechend verankert. Der Ehemann war das Haupt der ehelichen Gemeinschaft und für den Unterhalt der Familie zuständig (Art. 160 ZGB). Die Ehefrau führte den Haushalt (Art. 161 Abs. 3 ZGB).

Eine Uneinigkeit der Ehegatten bezüglich der Aufteilung der Funktionen war undenkbar.

²²³ Hegnauer, Kindesrecht 145.

Auch wenn die Einigkeit bezüglich der Aufgabenteilung im Gesetz vorprogrammiert war, hatte der Eheschutzrichter bei Streitigkeiten der Ehegatten im finanziellen Bereich, insbesondere bezüglich des Haushaltgeldes, eine wichtige Funktion. Der Richter erstellte dann ein Budget und ermahnte den Ehemann, monatlich einen bestimmten Geldbetrag an die Frau zu zahlen. Die Mahnung erfolgte in Verbindung mit einer Anweisung an die Schuldner des Ehemannes, wenn befürchtet werden musste, dass er sich auch durch eine schriftliche Mahnung nicht einschüchtern liess. Die Anweisung ist in der Praxis häufig anzutreffen. Sie ist ein äusserst wirksames Mittel, um den Anspruch des haushaltführenden Ehegatten auf Haushaltgeld sicherzustellen²²⁴.

2. Neues Recht

Im neuen Recht wird die Aufgabenteilung den Ehegatten überlassen. Sie verständigen sich über den Beitrag, den jeder an den Unterhalt der Familie leistet (Art. 163 Abs. 2 ZGB). Im Rahmen dieses Abschnitts gehen wir davon aus, dass sich die Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung geeinigt haben. Streitig ist nicht, wer geldleistungspflichtig ist, sondern die Höhe des Unterhalts der Familie.

Auf Begehren eines Ehegatten setzt der Richter die Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie fest (Art. 173 Abs. 1 ZGB). Die Kompetenz des Eheschutzrichters, Geldbeiträge während des Zusammenlebens festzusetzen, ist eine beachtliche und erfreuliche Neuerung im Eheschutzrecht. Der juristische Kunstgriff der Mahnung in Verbindung mit einer Anweisung an die Schuldner des Zahlungspflichtigen fällt weg.

Die Streichung des Zwangsvollstreckungsverbots im neuen Recht trägt massgebend zur Bedeutung des Art. 173 ZGB bei. Einerseits entfaltet die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung gegen den Unterhaltspflichtigen eine abschreckende Wirkung insofern, als die Versuchung kleiner wird, Zahlungen an den Unterhalt der Familie zu vernachlässigen. Andererseits ermutigt die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung einen notleidenden Ehegatten erst, überhaupt Art. 173

²²⁴ Vgl. § 5 D.

ZGB anzurufen. Es ist zu hoffen, dass Art. 173 ZGB bei finanziellen Problemen in der Ehe zu einer gütlichen Einigung beiträgt und es weniger oft direkt zur Auflösung des gemeinsamen Haushaltes kommt. Wir dürfen nicht vergessen, dass die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes durch den Richter eine schwerwiegende Massnahme und oft der Ausgangspunkt für eine spätere Ehescheidung ist.

Sind beide Ehegatten erwerbstätig, so muss der Richter die Geldbeiträge jedes Ehegatten an den Unterhalt der Familie festsetzen. Der Grundsatz der Proportionalität der Belastung verpflichtet ihn, angemessen zu berücksichtigen, wer den Haushalt führt oder allenfalls die Kinder betreut. Ist nur ein Ehegatte erwerbstätig, so ist der Lebensbedarf der Familie für die Unterhaltszahlung massgebend. Das Mass des Unterhalts setzt sich zusammen aus den verfügbaren finanziellen Mitteln und dem von den Ehegatten gemeinsam gewählten Lebensstil²²⁵.

3. Die richterliche Kompetenz in Art. 173 Abs. 1 im Vergleich zur Kompetenz in Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

Die Festsetzung der Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie während des Zusammenlebens der Ehegatten (Art. 173 Abs. 1 ZGB) ist von der Festsetzung der Geldbeiträge während des Getrennlebens (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) klar zu unterscheiden.

Während des Zusammenlebens setzt der Eheschutzrichter bei Uneinigkeit der Ehegatten die Geldbeiträge auf Begehren fest. Er ist dabei an die gesetzliche Grundlage über den Unterhalt der Familie in Art. 163 ZGB gebunden. Ein einziger Haushalt ist für den Lebensbedarf der Familie massgebend.

Während des Getrennlebens hat der Eheschutzrichter vor der Festsetzung der Geldbeiträge die Berechtigung zum Getrennleben zu prüfen. Die Richtlinien des Obergerichtes für die Berechnung des betriebsrechtlichen Notbedarfs gelten als Ausgangspunkt für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge. Jeder Ehegatte führt seinen eigenen

²²⁵ Vgl. § 9 B III.

Haushalt. Der Unterhaltsbeitrag für die Kinder wird ebenfalls nach den Weisungen des Obergerichtes festgesetzt. Er wird in der eheschutzrichterlichen Verfügung in der Regel separat aufgeführt.

II. UNEINIGKEIT DER EHEGATTEN BEZÜGLICH DER AUFGABENTEILUNG - UNEINIGKEIT BEZÜGLICH DER GELDBEITRÄGE AN DEN UNTERHALT DER FAMILIE

1. Die Frage der Zuständigkeit des Eheschutzrichters für die Aufgabenteilung

a) Vorbemerkungen

In diesem Kapitel gehen wir davon aus, dass die Aufgabenteilung innerhalb der ehelichen Gemeinschaft streitig ist. Die Ehegatten sind sich nicht einig, wer den Unterhalt der Familie bestreiten soll. Es ist unklar, ob jemand und wer geldleistungspflichtig ist.

Die Diskussion über Art. 173 Abs. 1 ZGB in der Praxis zeigte, dass die Aufgabenteilung ein Kernproblem für den Eheschutzrichter ist. Dabei stellen sich im wesentlichen folgende Fragen:

- Kann der Eheschutzrichter durch die Festsetzung von Geldbeiträgen an den Unterhalt der Familie indirekt die Aufgabenteilung innerhalb der ehelichen Gemeinschaft beeinflussen?
- Setzt Art. 173 Abs. 1 ZGB voraus, dass eine Vereinbarung der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung vorliegt und unbestritten ist?

b) Die Erwägungen der Expertenkommission und die Auslegung des Gesetzes

Die Expertenkommission hat das Problem der Uneinigkeit der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung und die diesbezüglichen Befugnisse des Eheschutzrichters nicht besprochen²²⁶.

²²⁶ Protokoll der Expertenkommission.

Aus den Verhandlungen des Ständerates und des Nationalrates ergibt sich kein Hinweis, der zur Lösung des Problems führen würde²²⁷.

Die Formulierung des Art. 173 Abs. 1 ZGB dürfte die Ansicht des Gesetzgebers beinhalten, dass eine Vereinbarung der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung vorliegen muss und unbestritten ist. Der Eheschutzrichter kann in diesem Fall ohne weiteres Geldbeiträge festlegen.

Sind die Ehegatten in einer für die eheliche Gemeinschaft wichtigen Angelegenheit uneinig, so können sie gemeinsam oder einzeln den Richter um Vermittlung anrufen (Art. 172 Abs. 1 ZGB). Die Uneinigkeit der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung in der Ehe ist zweifellos eine Uneinigkeit in einer wichtigen Angelegenheit. Der Richter darf hier m.E. vermitteln. Ausserdem darf er beispielsweise einen Ehegatten ermahnen, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen oder im Haushalt vermehrt Hand anzulegen. Damit wird der Richter aber die Aufgabenteilung höchstens beeinflussen, nicht verbindlich festlegen können. Schon im ersten Teil der Arbeit haben wir gesehen, dass die Wirkungen einer Mahnung oft gering sind²²⁸.

Damit sind die als Ausgangspunkt gestellten Fragen nicht beantwortet.

c) Meinungen aus der Praxis

Hegnauer sieht grundsätzlich zwei Möglichkeiten der Auslegung von Art. 173 Abs. 1 ZGB: Art. 173 ZGB setzt voraus, dass eine Vereinbarung der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung in der Ehe vorliegt und unbestritten ist. Wer Geld zu bezahlen hat, ist vorbestimmt. Oder aber Art. 173 ZGB deckt auch jene Fälle, in denen eine Vereinbarung der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung überhaupt fehlt oder eine bestehende Vereinbarung plötzlich bestritten wird.

²²⁷ Amtl.Bull.SR 1981, 90; Amtl.Bull.NR 1983, 660.

²²⁸ Vgl. § 3 C.

Im ersten Fall kann der Eheschutzrichter gestützt auf die Vereinbarung der Ehegatten die Höhe der Geldbeiträge direkt festsetzen. Im zweiten Fall muss der Richter vorfrageweise abklären, ob jemand und wer geldleistungspflichtig ist. Er nimmt vorfrageweise eine Aufgabenteilung vor. Hegnauer bejaht die Kompetenz des Eheschutzrichters, vorfrageweise die Rollen/Aufgaben innerhalb der ehelichen Gemeinschaft festzulegen. Könnte der Eheschutzrichter gemäss Art. 173 Abs. 1 ZGB nur Geldbeiträge festsetzen, wenn eine unbestrittene Vereinbarung der Ehegatten vorliegt, so wäre der Anwendungsbereich dieser neuen gesetzlichen Bestimmung gering. Das neue Eheschutzrecht hätte eine echte Lücke²²⁹.

Die Aufgabenteilung innerhalb der ehelichen Gemeinschaft ist die Grundlage für die Festsetzung von Geldbeiträgen während des Zusammenlebens. Es bestehen keine Zweifel an der Kompetenz des Eheschutzrichters, vorfrageweise die Aufgabenteilung vorzunehmen²³⁰.

Schon im alten Recht wird die Organisation innerhalb der ehelichen Gemeinschaft beeinflusst. Häufig ist das Einkommen des Ehemannes kleiner als der Lebensbedarf der Familie. Die einzige Lösung ist eine zusätzliche Erwerbstätigkeit der Ehefrau. Der Eheschutzrichter versucht regelmässig, den Parteien die neue Aufgabenteilung in der mündlichen Verhandlung klarzulegen²³¹.

Bretscher verneint die Kompetenz des Eheschutzrichters zur Neu- oder Umverteilung von Aufgaben innerhalb der ehelichen Gemeinschaft: "Während der Richter auf Begehren eines Ehegatten zur Festsetzung der Geldbeiträge, die der eine oder andere an die ehelichen Lasten zu zahlen hat, befugt ist, ist ihm ein solches Vorgehen hinsichtlich des Masses und der Art einer nicht finanziellen Leistung allerdings verwehrt. Er kann diese Leistungen lediglich bei der Festsetzung der Geldbeiträge angemessen berücksichtigen. Dies wohl zu Recht, denn die Bestimmung und Bewertung nichtfinanzieller Leistungen dürften den

²²⁹ Mündliche Stellungnahme von Prof. Hegnauer.

²³⁰ Auskunft des Bezirksgerichtes Uster.

²³¹ Praxis am Bezirksgericht Zürich.

Richter vor kaum zu bewältigende Aufgaben stellen, wobei die Durchsetzung solcher Leistungen praktisch unmöglich wäre"²³².

d) Fazit

Die Praxis wird zeigen, ob die Verständigung der Ehegatten über den Beitrag an den Unterhalt der Familie (Art. 163 Abs. 2 ZGB), also die Einigung der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung innerhalb der ehelichen Gemeinschaft, den Eheschutzrichter vor eine dem alten Recht unbekannte Entscheidungssituation stellt. Bei Uneinigkeit bezüglich der Aufgabenteilung in der Ehe muss m.E. der Richter eine Einigung herbeiführen können. Er nimmt vorfrageweise i.S. einer Hypothese die Aufgabenteilung vor und setzt gestützt darauf die Höhe der Geldbeiträge fest. Wir dürfen zu Recht hoffen, dass der neue Art. 173 ZGB positive Auswirkungen zeitigen wird. Ein fähiger Eheschutzrichter wird die beachtliche Kompetenzerweiterung in Art. 173 Abs. 1 ZGB zum Wohl der Ehegatten nutzen.

2. Uneinigkeit der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung und der Geldbeiträge seit der Eheschliessung

a) Ausgangslage

Die Ehegatten haben sich seit der Eheschliessung über die interne Aufgabenteilung nie geeinigt. Die Uneinigkeit besteht "ex tunc".

Probleme bei der Aufgabenteilung werden m.E. insbesondere Familien ohne Kinder oder mit unerwünschten Kindern haben. In Familien mit Kindern wird das neue Recht kaum grössere Änderungen bewirken. Ältere Ehepaare dürften auch in Zukunft nach dem Modell der Hausfrauenehe leben. Junge Ehepaare dürften je länger desto mehr ihre Kräfte gemeinsam im innerhäuslichen Bereich einsetzen, wobei auch die Ehefrau eine Erwerbstätigkeit ausübt. Sie leben nach dem Modell der Halbe-Halbe-Ehe oder Zuverdienstehe²³³.

²³² Diss. Bretscher 155 f.

²³³ Lüscher in NZZ Nr. 185/1985, 25: 15 % der Ehefrauen mit 1 Kind

b) Möglichkeiten des Eheschutzrichters

Ich möchte nachfolgend einen Ueberblick über die Möglichkeiten des Richters geben, wenn Ehegatten seit der Heirat über ihre Aufgabenteilung streiten und den Richter um Hilfe ersuchen. Auf die Problematik einzelner richterlicher Massnahmen werden wir später zurückkommen²³⁴.

Der Eheschutzrichter kann die Ehegatten mündlich oder schriftlich ermahnen, sich über die Aufgabenteilung zu verständigen. Dabei kann es sich als wertvoll erweisen, beiden Ehegatten die Verständigung bezüglich der eheinternen Organisation als eheliche Pflicht vor Augen zu führen. Eine fehlende Einigung kommt einer Pflichtverletzung oder einer Uneinigkeit in einer für die eheliche Gemeinschaft wichtigen Angelegenheit gleich (Art. 172 Abs. 1 ZGB).

Bei einer ernsthaft gestörten ehelichen Beziehung wird eine Ermahnung etwa so wenig wie bei einem böartigen, ungezogenen Kind fruchten. Hier verteilt der Richter die Aufgaben vorfrageweise und verpflichtet einen oder beide Ehegatten, einen bestimmten Geldbeitrag monatlich an den Unterhalt der Familie zu bezahlen. Damit kann er indirekt einen Ehegatten zwingen, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder den Beruf zugunsten einer besser bezahlten Tätigkeit zu wechseln. Wo die Schranken der Zumutbarkeit bei der Erwerbstätigkeit sind, werden wir später sehen²³⁵. Der Richter zwingt mit seinem Entscheid unter Umständen auch einen voll erwerbstätigen Ehegatten, vermehrt bei der Haushaltsführung oder der Kinderbetreuung mitzuhelfen. Dies ist dann der Fall, wenn der für den innerhäuslichen Bereich hauptsächlich zuständige Ehegatte auch berufstätig oder andauernd gesundheitlich angeschlagen ist.

sind voll-, 22 % teilerwerbstätig; 10 % der Ehefrauen mit 2 Kindern sind voll-, 20 % teilerwerbstätig.

²³⁴ Vgl. § 9 C III.

²³⁵ Vgl. § 9 C III. 3.

3. Uneinigkeit der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung und der Geldbeiträge als Folge veränderter Umstände

a) Ausgangslage

Die Ehegatten haben sich zunächst über die Verteilung der Funktionen geeinigt und während einer gewissen Zeit nach dieser Vereinbarung gelebt. Ein Ereignis im Leben der Ehegatten lässt nun plötzlich die früher getroffene Regelung für die neue Gesamtsituation der Ehe als nicht mehr überzeugend, ja sogar als sinnlos erscheinen. Die Uneinigkeit bezüglich der Aufgabenteilung besteht "ex nunc".

Ich möchte die Ausgangslage an drei Beispielen aus dem Ehealltag illustrieren:

Beispiel 1:

Die Ehegatten haben bei der Eheschliessung im Jahre 1980 vereinbart, dass beide einer vollen Erwerbstätigkeit nachgehen und die Haushaltsführung Nebensache sein solle. Im Jahre 1985 - die wirtschaftliche Grundlage der Familie ist gesichert - wünscht sich die Frau ein Kind und will ihre Erwerbstätigkeit aufgeben. Der Mann schickt sich gleichzeitig an, ein Einfamilienhaus zu kaufen. Deshalb erwartet er von seiner Frau, berufstätig zu bleiben.

Beispiel 2:

Zwei Akademiker haben 1975 geheiratet und sich geeinigt, die Frau führe den Haushalt und betreue ihr Kind aus erster Ehe, der Mann sei erwerbstätig. Im Jahr 1979 beabsichtigt der Mann, noch eine Dissertation zu schreiben. Er will zunächst nur noch halbtags arbeiten, später sich voll seiner Doktorarbeit widmen. Der Lebensbedarf der Familie zwingt die Frau, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Sie weigert sich.

Beispiel 3:

Die Ehegatten haben bei der Heirat im Jahre 1953 vereinbart, dass der Ehemann für den Unterhalt besorgt sei, die Ehefrau hingegen ihre Erwerbstätigkeit aufgebe. Aus der Ehe sind drei Kinder hervorgegangen. Im Jahre 1985 beendet das jüngste Kind sein Hochschulstudium und verlässt das Elternhaus. Die Ehefrau will eine Halbtagsstelle in ihrem erlernten Beruf annehmen. Der Ehemann ist damit nicht einverstanden.

Es stellt sich grundsätzlich die Frage, inwiefern ein Ehegatte an eine einmal vereinbarte Aufgabenteilung innerhalb der ehelichen Gemeinschaft gebunden ist. Welche Umstände genügen, um die innereheliche Organisation zumindest für einen Ehegatten als unzumutbar erscheinen zu lassen? In der Literatur wird das Problem als Frage nach einem "ius variandi" formuliert.

b) Die grundsätzliche Frage nach dem "ius variandi"

aa) Die Rechtslage in Deutschland

Gernhuber nimmt in einem Artikel zum Problem des ius variandi wie folgt Stellung: "Ordnungen aller Art, insbesondere aber die Ordnung der Tätigkeiten in der Ehe mit ihrer das ganze Leben der Ehegatten bestimmenden Wirkung, erwachsen aus einem Geflecht vorgegebener Daten und Zielvorstellungen, die keine fixen Grössen sind. Gering mag die Gefahr von Ordnungen sein, die von vornherein der Verwirklichung nicht fähig sind, weil die Ehegatten ihre Situation nicht richtig einzuschätzen wussten und deshalb irrealer Bezüge zwischen sich und der Umwelt herstellten. Weit häufiger dürften jedenfalls Ordnungen sein, deren Elemente zunächst untereinander fehlerfrei abgestimmt waren und in der Gesamtsituation der Ehegatten als überzeugende Antwort auf die Frage nach einer (subjektiv) sinnvollen Lebensgestaltung betrachtet werden konnten, später jedoch ihre Ueberzeugungskraft ganz oder partiell verloren. Störungen genereller Art (Arbeitslosigkeit von Ehegatten, die berufstätig sein sollten; Krankheiten) sind ebenso möglich wie typenbedingte (die Geburt eines Kindes ändert kein Datum in der

Hausfrauenehe; in der Doppelverdienstehe ist eine Neuordnung schwerlich je zu entbehren) und Aenderungen subjektiver Daten (zu denen in einer Zeit, die der Frau bewusst neue Entwicklungsmöglichkeiten eröffnen will, auch die Erkenntnis zählen muss, im ausschliesslichen Dienst an der Familie keine Erfüllung zu finden) ebenso wie Aenderungen objektiver Daten (Geburt eines Kindes).

Dass Ehegatten ihre Eheordnungen jederzeit im Einvernehmen durch eine neue ersetzen oder auch nur zugunsten eines Vakuums für die Zukunft beseitigen können, ist selbstverständlich, aber offensichtlich keine abschliessende Antwort auf die Frage nach der Bindung der Ehegatten an eine einmal getroffene Ordnung. Wenn nicht der Satz, dass es beiden Ehegatten obliegt, um eine jeweils ehегerechte Ordnung bemüht zu sein, zugunsten eines Vorzugs aller beharrenden Ehegatten preisgegeben werden soll, müssen Ordnungen auch nach einseitigen Akten ihren Geltungsanspruch verlieren können..." Gernhuber bemerkt abschliessend zur Eigenart einer Vereinbarung der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung: "Richtiger ist es, auf Grundsätze zurückzugreifen, die für Dauerrechtsverhältnisse entwickelt wurden, und Eheordnungen der Zerstörung durch einseitigen Akt dann preiszugeben, wenn ein wichtiger Grund gegeben ist. Relevant sind dann alle Umstände, die zumindest für einen Ehegatten die Fortsetzung des ehelichen Lebens im bisherigen Rahmen als unzumutbar erscheinen lassen"²³⁶.

Bosch erläuterte das Problem anlässlich eines Vortrags an der Universität Bonn anhand eines konkreten Beispiels:

"Bedarf es anderer Gründe als nur des Hinweises auf das Wesen der Ehe, wenn die Ehegatten bei der Eheschliessung die Form der Doppelverdienstehe vereinbart haben und die Ehefrau sich eines Tages ein Kind wünscht? Die Frage ist schon früher nicht beantwortet worden", meint Bosch. "Wenn damals auf Aenderungen der Verhältnisse als Aenderungsgrund hingewiesen und die Geburt eines Kindes als Beispiel angeführt wurde, so liegt das Problem doch gerade darin, ob die Ehefrau sich eines Tages in Erfüllung der Ehe ein Kind wünschen darf"²³⁷.

²³⁶ J. Gernhuber, Die geordnete Ehe, FamRZ 1979, 199/200.

²³⁷ F.W. Bosch, Die Neuordnung des Eherechts ab 1.7.77, FamRZ

Bosch zitiert ein weiteres Beispiel: "Kann der Ehemann von seiner Frau, die kraft Einvernehmens bisher als Hausfrau und Mutter tätig war, eines Tages verlangen, dass sie nun eine Erwerbstätigkeit übernimmt? Abreden über Nichterwerbstätigkeit der Ehefrau sind ebenfalls nicht auf Dauer bindend".

"Die Liberalisierung des allgemeinen Eherechts - Funktionen werden nicht mehr gesetzlich vorgeschrieben, sondern in gegenseitigem Einvernehmen verteilt - bringt es mit sich, dass die genannten Beispiele kaum noch für alle überzeugend gelöst werden können, es sei denn, man beriefe sich eben auf das Wesen der Ehe und solche Begründung würde anerkannt, was aber sozusagen ausgeschlossen ist. Ein objektiv festliegender Inhalt der Ehe existiert nicht mehr. Der Gehalt der Ehe ist disponibel geworden"²³⁸.

Die m.E. höchst interessanten Ausführungen von Gernhuber und Bosch zeigen, dass ein "ius variandi" bejaht werden muss. Jede noch so vernünftige und den besondern Umständen einer ehelichen Gemeinschaft angepasste Ordnung kann infolge Aenderung eines Elementes oder der Gesamtsituation für einen oder beide Ehegatten unzumutbar werden. Die Vereinbarung der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung ist eine Vereinbarung auf Zeit. Es ist äusserst selten, dass eine einmal erfolgte Verständigung über die Aufgabenteilung einer durchschnittlichen Ehe-dauer von fünfzig bis sechzig Jahren genügt.

bb) Die Rechtslage in der Schweiz

Die Frage, ob der Eheschutzrichter zuständig ist, auf Antrag eine Vereinbarung der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung abzuändern, ist für unser Land neu. Die Literatur und die Rechtsprechung zum neuen Eheschutzrecht werden hier eine Knacknuss vorfinden. Eine Umfrage in der Praxis zeigte, dass die Frage nach dem "ius variandi" bejaht werden kann, wobei insbesondere die Argumentation interessiert. Die Kompetenz des Eheschutzrichters, in aussergerichtliche Vereinba-

1977, 571.

²³⁸ Bosch in FamRZ 1977, 571.

rungen von Eheleuten bezüglich der Geldbeiträge an den Familienunterhalt einzugreifen, ist zu bejahen. Wenn der Richter bei einer wesentlichen Aenderung der Verhältnisse in einer Ehe einer bestehenden, aber sinnlos gewordenen Vereinbarung der Ehegatten machtlos gegenübersteht, so wird der verletzte Ehegatte ohne Zögern als Druckmittel das Begehren um Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes stellen²³⁹.

Wenn eine Frau mit zwanzig Jahren heiratet und mit ihrem Ehepartner vereinbart, auf Kinder zu verzichten und eine Doppelverdienstehe zu führen, ist allein die Tatsache, dass diese Frau das Alter von dreissig Jahren erreicht hat, ein wichtiger Grund²⁴⁰ für die Aenderung der bei der Heirat vereinbarten Aufgabenteilung. Wünscht sich die Frau zusätzlich ein Kind, so muss der Eheschutzrichter das Begehren um Neufestsetzung der Beiträge an den Unterhalt der Familie gutheissen. Das Interesse der Frau geht demjenigen des Mannes vor²⁴¹.

c) Schlussbemerkungen

Die einverständliche Aufgabenteilung durch die Ehegatten bei der Heirat ohne Eingriffsmöglichkeit des Eheschutzrichters in einem Zeitpunkt, wo diese Abmachung infolge eines wichtigen Grundes für einen Ehegatten unzumutbar geworden ist, käme der gesetzlichen Rollenzementierung im alten Eherecht sehr nahe. Die Frage nach dem *ius variandi* ist zu bejahen. Nur so kann die Organisation der ehelichen Gemeinschaft bezüglich der Aufgabenteilung auf die verschiedenen Abschnitte des Ehelebens, welche durch die veränderte Rolle der Frau in Ehe und Gesellschaft, die sinkende Kinderzahl und die erhöhte Lebenserwartung bedingt sind, angepasst werden²⁴².

²³⁹ Auskunft des Bezirksgerichtes Uster.

²⁴⁰ Auch Gernhuber argumentiert mit diesem Begriff.

²⁴¹ Mündliche Stellungnahme des Eheschutzrichters des Bezirksgerichtes Zürich.

²⁴² Vgl. § 6 B.

III. PROBLEME DES EHESCHUTZRICHTERS BEI UNEINIGKEIT DER EHEGATTEN BEZÜGLICH DER AUFGABENTEILUNG

1. Das Problem der Kongruenz bei verschiedenartigen Beitragsleistungen

Art. 163 Abs. 1 ZGB sieht vor, dass die Ehegatten gemeinsam, jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie sorgen müssen. Es stellt sich die Frage, ob eine tatsächliche Ausgewogenheit der Leistungen nicht nur bei der Doppelverdienst- und Halbe-Halbe-Ehe, sondern auch bei der Hausfrauenehe oder Zuverdienstehe realisierbar ist.

So wenig problematisch das Prinzip der proportionalen Belastung der Ehegatten auf den ersten Blick erscheinen mag, so unklar ist, nach welchen Kriterien die innerhäuslichen Arbeitsleistungen zu bewerten sind, was gerade für die Hausfrauenehe von grosser Bedeutung ist. Welche Arbeitsleistungen können untereinander überhaupt als ungefähr gleichwertig bezeichnet werden? Welches Mass müssen Haushaltsführung oder Kinderbetreuung erfüllen, um tatsächlich der Norm zu entsprechen? Inwieweit haben sich innerhäusliche Arbeitsleistungen nach der Höhe der finanziellen Beiträge des Ehepartners sowie nach dessen dafür benötigtem Zeitaufwand zu richten²⁴³?

Dieser Fragenkatalog zeigt deutlich die Schwierigkeiten, die sich für den Richter ergeben. Im innerhäuslichen Bereich sind die Grösse der Wohnung und die Anzahl der betreuungsbedürftigen Kinder sehr unterschiedlich. Bei den Erwerbstätigen ist das Verhältnis zwischen aufgewendeten Arbeitsstunden und Höhe des Einkommens unterschiedlich.

Die Budgetberatungsstellen werden m.E. gezwungen sein, die Haushaltsführung und die Kinderbetreuung zu bewerten. Dabei werden die Grösse des Haushaltes (Zweizimmerwohnung, Fünfstückwohnung, Einfamilienhaus) und die Anzahl Kinder zu berücksichtigen sein. Schon

²⁴³ Diss. Bretscher 153 f.

heute bestehen Tabellen, publiziert von den Jugendämtern, welche den Wert der Betreuung von Pflegekindern festhalten. Ob der Eheschutzrichter solche Tabellen als Richtlinie für seinen Entscheid beiziehen wird, ist im heutigen Zeitpunkt schwer abzuschätzen.

2. Die Grenze zwischen den Erwägungen und dem Inhalt des Urteils

Das Urteilsdispositiv sollte nur Verpflichtungen und Auflagen beinhalten, die kontrollierbar und vollstreckbar sind. So dürfte es schwierig sein, einen Ehemann im Urteil zu verpflichten, täglich drei Stunden im Haushalt mitzuhelfen. Kein Problem ist hingegen, der Ehefrau durch Betreibung ihres Mannes das Geld für die laufenden Bedürfnisse der Familie zu verschaffen. Die Praxis wird richtungsweisend sein, inwiefern die Aufgabenteilung Bestandteil eines Urteils werden kann.

Hegnauer sieht die Aufgabenteilung vorfrageweise im Sinne einer Hypothese. Für die Aufgabenteilung im Urteil fehlt die gesetzliche Grundlage²⁴⁴.

Wir sehen hier einmal mehr die Problematik des neuen Art. 163 ZGB. Der Eheschutzrichter beeinflusst mit der Kompetenz, Geldleistungen während des Zusammenlebens festzusetzen, indirekt die Aufteilung der nichtfinanziellen Verpflichtungen unter den Ehegatten. Das Problem der Vollstreckbarkeit von nichtfinanziellen Leistungen bleibt aber ungelöst.

3. Die Schranken der Zumutbarkeit bei der Erwerbstätigkeit

a) Aufnahme einer Erwerbstätigkeit

Im alten Recht hatte die Frau dem Mann mit Rat und Tat zur Seite zu stehen und ihn in seiner Sorge für die Gemeinschaft nach Kräften zu unterstützen (Art. 161 Abs. 2 ZGB). Sie war nur subsidiär für den finanziellen Unterhalt der Familie verantwortlich.

²⁴⁴ Vgl. § 9 C II. 1. c).

Das neue Recht setzt die Schwelle der Zumutbarkeit, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, beträchtlich tiefer an (Art. 163 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 173 Abs. 1 ZGB). Ob es einem Ehepartner zumutbar ist, erwerbstätig zu werden, hängt vom Potential der persönlichen Kräfte und den aktuellen Belastungen ab. Sobald die Kräfte des im innerhäuslichen Bereich tätigen Ehegatten - inskünftig m.E. meist die Ehefrau - bedeutend weniger als die Kräfte des erwerbstätigen Ehepartners beansprucht werden, kann ersterer die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht grundlos verweigern (Grundsatz der Proportionalität der Belastung). Das geltende Recht gebietet dem haushaltführenden Ehegatten nicht nur subsidiär infolge eines finanziellen Engpasses in der Familie, sondern von Gesetzes wegen, bei einer unverhältnismässig geringeren Auslastung der Kräfte im Vergleich zum erwerbstätigen Partner, einer Berufstätigkeit nachzugehen.

Der Entscheid, ob die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit für einen Ehegatten zumutbar ist, ist ein äusserst heikles Problem. Wir sehen die Problematik am besten bei folgendem Beispiel:

Bei einer Familie mit drei Kindern und einem Bruttoeinkommen des Vaters von Fr. 2500.-- im Monat ist die finanzielle Situation zweifellos prekär. Ist die Kinderbetreuung durch die Mutter oder ein Zuverdienst der Mutter wichtiger? Besteht ein Kinderhort, sind Grosseltern oder andere Verwandte bereit und fähig, sich um die Kinder zu kümmern? Findet die Ehefrau in Berücksichtigung ihrer Berufsausbildung und ihres Alters eine Arbeitsstelle, bei der Arbeitsweg, Arbeitszeit und Entlohnung angemessen sind? Welche Mehrkosten entstehen, wenn beide Ehegatten berufstätig sind?

b) Berufswechsel

Ein erwerbstätiger Ehegatte ist nicht zu einem Berufswechsel verpflichtet, nur um den Lebensstandard der Familie zu erhöhen oder kostspielige Anschaffungen zu ermöglichen. Wenn die finanziellen Mittel bei einer Familie den Lebensbedarf nicht decken, muss nicht nur ein Berufswechsel des erwerbstätigen Ehegatten in Betracht gezogen wer-

den. Vielleicht hat auch der haushaltführende Ehegatte die Möglichkeit, bei der Geldbeschaffung mitzuhelfen²⁴⁵.

4. **Haushaltführung** ²⁴⁶

Im alten Recht bestand keine Pflicht des Ehemannes zur Mithilfe im Haushalt. Die Ehefrau war von Gesetzes wegen zur Haushaltführung verpflichtet. Im neuen Recht verständigen sich die Ehegatten über den Beitrag an den Familienunterhalt, namentlich auch über die Besorgung des Haushalts. Im Haushalt mithelfen muss v.a. ein Ehepartner, der den Familienunterhalt ohne gegenwärtigen Arbeitseinsatz aus seinem Vermögen oder einer Altersvorsorgeeinrichtung bestreitet. Die Frau eines Rentners kann verlangen, dass er im Haushalt "nach Kräften" Hand anlegt²⁴⁷. Auch ein Ehepartner einer berufstätigen Frau wird im Haushalt mithelfen²⁴⁸.

Die Lebenswirklichkeit zeigt, dass es bezüglich der Haushaltführung selten Probleme gibt, die vor den Richter getragen werden. Ob im neuen Recht der Ehemann das Zepter im innerhäuslichen Bereich einer Familie übernehmen wird, und ob sich ein völlig neues Eheverständnis durchsetzen wird, wage ich ernsthaft zu bezweifeln. Der "Herr im Hause", der sich auf seinen Lorbeeren ausruht und seiner Frau die Haushaltarbeiten vollständig überlässt, wird häufiger anzutreffen sein als der ewig geschirrspülende und putzende Pantoffelheld.

²⁴⁵ Vgl. § 9 B IV. 2. a).

²⁴⁶ Vgl. auch § 9 B IV. 3. b).

²⁴⁷ Münchner Kommentar § 1360 N.20.

²⁴⁸ Botschaft 61.

§ 10 GELDLEISTUNGEN WÄHREND DES ZUSAMMENLEBENS: DER BETRAG DES HAUSHALTFÜHRENDEN EHEGATTEN

A VERGLEICH ZWISCHEN DEM ALTEN UND DEM NEUEN RECHT

Im alten Recht war der haushaltführende Ehegatte²⁴⁹ wirtschaftlich völlig vom Ehepartner abhängig, sofern er nicht über ein eigenes Einkommen oder Vermögen verfügte. Der erwerbstätige Ehegatte hingegen konnte über das nicht durch die ehelichen Lasten gebundene Einkommen frei disponieren. Die Würde des haushaltführenden Ehegatten wurde dadurch krass missachtet. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichtes musste der erwerbstätige Ehegatte seinem Partner nur das nötige Haushaltgeld bezahlen²⁵⁰.

Im neuen Recht verfügt der haushaltführende Ehegatte dank Art. 164 ZGB über eine finanzielle Unabhängigkeit, die in etwa der finanziellen Stellung des erwerbstätigen Ehegatten entsprechen sollte. Der Eheschutzrichter ist neu bei Uneinigkeit der Ehegatten zuständig, dem haushaltführenden Ehegatten einen angemessenen Betrag zur freien Verfügung zuzusprechen (Art. 173 Abs. 2 ZGB).

B DIE GESETZLICHE GRUNDLAGE FÜR DEN ANSPRUCH DES HAUSHALTFÜHRENDEN EHEGATTEN (ART. 164 ZGB)

I. DIE VORAUSSETZUNGEN DES ANSPRUCHS

Anspruchsberechtigt ist gemäss Art. 164 Abs. 1 ZGB zunächst ein Ehegatte, der den Haushalt führt. Dabei spielt es offensichtlich keine Rolle, wie zeitintensiv die Erledigung der Hausarbeiten ist. In einer

²⁴⁹ Im Rahmen von § 10 wird immer nur vom haushaltführenden Ehegatten gesprochen, stellvertretend für die Aufzählung in den Art. 164 Abs. 1 und 173 Abs. 2 ZGB.

²⁵⁰ BGE 52 II 330; BGE 51 II 98.

Familie mit Kindern wird die Besorgung des Haushalts mehr Zeit beanspruchen als bei einem kinderlosen Ehepaar. Der haushaltführende Ehegatte, der ein Einfamilienhaus bewohnt, wird mehr Zeit für den Haushalt aufwenden als derjenige in einer Wohnung.

Ausserdem ist ein Ehegatte anspruchsberechtigt, der die Kinder betreut, wobei wie bei der Haushaltsführung offen gelassen wird, welches Ausmass die Kinderbetreuung konkret haben muss. Die Erziehung und Beaufsichtigung mehrerer Kinder erfordern mehr Zeit als die Betreuung eines Kindes. Wir haben die einzelnen Aufgaben der Kinderbetreuung früher besprochen²⁵¹.

Schliesslich ist ein Ehegatte anspruchsberechtigt, der seinem Partner im Beruf oder Gewerbe hilft. Gerade in gewerblichen Klein- und Mittelbetrieben ist die Mitarbeit der Ehefrau im Unternehmen häufig. Im alten Recht konnte der Ehemann von seiner Ehefrau Mitarbeit in seinem Beruf oder Gewerbe verlangen, wenn dies die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse erforderten, wobei die Kräfte und die Ausbildung der Ehefrau zu berücksichtigen waren²⁵². Im neuen Recht ist die Mitarbeit eines Ehegatten im Beruf oder Gewerbe des anderen eine mögliche Beitragsform an den Unterhalt der Familie (Art. 163 Abs. 2 ZGB). Die Mitwirkung muss aber notwendig sein und billigerweise vom betreffenden Ehegatten unter Berücksichtigung seiner anderen Beiträge an den Familienunterhalt, seiner Vorlieben und Fähigkeiten erwartet werden können²⁵³.

Art. 164 ZGB führte zu Kritik aus Gewerbekreisen. Mittels einer unhaltbar extensiven Auslegung von Art. 164 ZGB wurde behauptet, es könne damit einem Familienbetrieb die notwendige Vermögenssubstanz schon während der Ehe entzogen werden. Für eine unternehmensfeindliche Uminterpretation von Art. 164 ZGB bleibt kein Raum. Dies umso

²⁵¹ Vgl. § 9 B IV. 3. c).

²⁵² Lemp Art. 161 N.51.

²⁵³ Botschaft 62.

weniger, als Art. 164 aufgrund eines Minderheitsantrags im Nationalrat durch einen zweiten Absatz ergänzt wurde²⁵⁴.

II. DIE EIGENART DES ANSPRUCHS

Beim Anspruch des haushaltführenden Ehegatten handelt es sich nicht um einen Hausfrauenlohn, der ein reines Entgelt für Arbeitsleistungen wäre. Vielmehr geht es darum, beiden Ehegatten eine ebenbürtige Stellung zu verschaffen²⁵⁵.

Der Gesetzesentwurf der Expertenkommission lautete im Unterschied zur Botschaft des Bundesrates wie folgt:

Art. 164 Abs. 1 ZGB: Der Ehegatte, der den Haushalt besorgt oder die Kinder betreut oder dem andern in seinem Beruf oder Gewerbe hilft, hat Anspruch darauf, dass ihm dieser regelmässig einen Betrag zur Befriedigung seiner persönlichen Bedürfnisse zur Verfügung stellt.

Art. 164 Abs. 2 ZGB: Erlauben es die Verhältnisse der Familie, hat er überdies Anspruch auf einen angemessenen Teil am Einkommen, das der andere Ehegatte nicht für die ehelichen Lasten verwendet.

Bretscher schreibt in ihrer Dissertation zum Entwurf der Expertenkommission: "Mit dieser Regelung soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der sich ausschliesslich dem Haushalt oder der Kindererziehung widmende Gatte mit diesen zugunsten der ehelichen Gemeinschaft erbrachten Arbeitsleistungen nicht nur auf eine eigene Erwerbstätigkeit, sondern damit gleichzeitig auch auf eine gewisse finanzielle Unabhängigkeit verzichtet hat ... Der Anspruch auf einen angemessenen Anteil am Einkommen, das der berufstätige Gatte nicht zur Bestreitung der ehelichen Lasten verwendet, soll dem nichterwerbstätigen Partner wenigstens teilweise zu der gewünschten finanziellen Selbständigkeit verhelfen. Erst mit den beiden Ansprüchen gemäss Art. 164 Abs. 1 und 2 ZGB erlangt dieser eine annähernd gleich starke Stel-

²⁵⁴ Lüchinger in NZZ Nr. 271/1984, 34.

²⁵⁵ Botschaft 63.

lung innerhalb der ehelichen Gemeinschaft wie der verdienende Teil"²⁵⁶.

Die Gerichtsbehörden und die Kommentatoren werden sich mit der Eigenart des Anspruchs des haushaltführenden Ehegatten auf einen Betrag zur freien Verfügung auseinandersetzen müssen. Kaum ein Jurist wagt im heutigen Zeitpunkt, klar zu sagen, was das Gesetz in Art. 164 ZGB meint.

Die Interpretation des Gesetzestexts führt nicht weiter. Die Formulierung ist m.E. unklar. In den Erläuterungen zur Botschaft steht, dass der Sinn von Art. 164 ZGB darin besteht, beiden Ehegatten im finanziellen Bereich eine ebenbürtige Stellung zu garantieren²⁵⁷. Der haushaltführende Ehegatte erreicht aber nur eine ebenbürtige Stellung mit dem erwerbstätigen Partner, wenn dem ersteren ein Anspruch auf einen Anteil am Erwerbseinkommen zusteht. Die Formulierung des Entwurfs der Expertenkommission liess keine Zweifel offen, dass sich der haushaltführende Ehegatte nicht mit einem Sackgeld allein zufrieden geben muss, sondern vielmehr einen Teil des Erwerbseinkommens des Partners beanspruchen darf, sofern es die Verhältnisse der Familie erlauben. M.E. muss Art. 164 ZGB im Sinne des Entwurfs der Expertenkommission ausgelegt werden. Nur so wird die finanzielle Bevormundung des haushaltführenden Ehegatten im alten Recht beseitigt und eine gleichwertige Stellung mit dem erwerbstätigen Ehegatten garantiert.

III. DER UMFANG DES ANSPRUCHS

Die Botschaft erwähnt, dass der Umfang des Anspruchs des haushaltführenden Ehegatten nicht anders als mit Hilfe des Begriffs der Angemessenheit definiert werden könne. Es liege auf der Hand, dass die Höhe des angemessenen Betrags nicht ein für allemal bestimmt werden könne, sondern je nach den Umständen angepasst werden müsse²⁵⁸.

²⁵⁶ Diss. Bretscher 150/151.

²⁵⁷ Botschaft 63.

²⁵⁸ Botschaft 63.

Bretscher interpretiert den Begriff "angemessener Betrag" als finanziellen Anspruch des haushaltführenden Ehegatten auf die Hälfte des Erwerbseinkommens des Ehepartners vor Deckung der ehelichen Lasten. Allein auf diese Art erhalte der haushaltführende Ehegatte eine ebenbürtige Stellung mit dem erwerbstätigen und ein tatsächliches Mitspracherecht, das ihm ermögliche, Art und Höhe des für die ehelichen Lasten zu verwendenden Betrages mitzubestimmen. Ein direkter Anspruch auf die Hälfte des Einkommens des Ehepartners sei gerade für diejenigen Ehen besonders bedeutungsvoll, in denen das gesamte Einkommen in den ehelichen Lasten aufgehe, weil dem haushaltführenden Ehegatten immerhin noch sein Mitspracherecht in finanziellen Angelegenheiten gesichert bleibe²⁵⁹.

Der Begriff "angemessener Betrag" in Art. 164 Abs. 1 ZGB wurde in den eidgenössischen Räten heftig diskutiert. Währenddem die einen sich für eine Präzisierung des Begriffes innerhalb von Art. 164 ZGB einsetzten²⁶⁰, verwiesen andere auf die Doktrin und Praxis, die den Begriff bereits kennen²⁶¹. Demnach bemesse sich der Umfang des Anspruchs des haushaltführenden Ehegatten nach den konkreten Verhältnissen des Einzelfalles, wobei alle irgendwie in Betracht fallenden Umstände zu würdigen seien. Einzelne Magistraten wagten sogar, konkret anzugeben, dass der haushaltführende Ehegatte Anspruch auf die Hälfte²⁶² oder vielleicht einen Drittel²⁶³ des Einkommens habe, das nach Deckung der ehelichen Lasten übrigbleibe.

Nach Abschluss des Differenzbereinigungsverfahrens wurde Art. 164 ZGB durch einen zweiten Absatz mit folgendem Wortlaut ergänzt: "Bei der Festsetzung des Betrages sind eigene Einkünfte des berechtigten Ehegatten und eine verantwortungsbewusste Vorsorge für die Familie, Beruf oder Gewerbe zu berücksichtigen"²⁶⁴.

²⁵⁹ Diss. Bretscher 188/189.

²⁶⁰ Amtl. Bull. NR 1983, 646/647 (Reichling).

²⁶¹ Amtl. Bull. NR 650 (Gerwig); Amtl. Bull. NR 651 (Friedrich).

²⁶² Amtl. Bull. SR 1981, 78 (Gadient).

²⁶³ Amtl. Bull. SR 78 (Dillier).

²⁶⁴ Aenderung vom 5. Oktober 1984.

Art. 164 Abs. 2 ZGB kann auf eine bewegte Entstehungsgeschichte zurückblicken. Die Mehrheit des Ständerates setzte sich für folgende Fassung von Art. 164 Abs. 2 ZGB ein: "Was in guten Treuen für die Vorsorge, die eigene Wohnung der Familie oder Beruf oder Gewerbe angelegt wird, gehört nicht zum Ueberschuss"²⁶⁵. Dagegen wurde m.E. zu Recht von einzelnen Standesvertretern Kritik erhoben: Art. 164 Abs. 2 ZGB öffne grosse und vielfältige Möglichkeiten zur Interpretation und Auslegung. Viele Juristen würden dafür besorgt sein; was für diesen ehrenwerten Berufsstand begrüssenswert sein könne, müsse aber nicht für einen Ehegatten in Schwierigkeiten gut sein²⁶⁶. Wenn die Attraktivität der häuslichen Tätigkeit gesteigert werden solle, dürfe man nicht zu ängstlich und zu zimperlich sein, was die Rechte des haushaltführenden Ehegatten am Erwerbseinkommen des Ehepartners betreffe. Nur einen Wegweiser aufzustellen und in die richtige Richtung zu blicken, genüge nicht. Man müsse den Weg auch gehen, sich mindestens auf den Weg machen²⁶⁷.

Die Mehrheit des Nationalrates beantragte, Art. 164 Abs. 2 ZGB ersatzlos zu streichen u.a. mit folgenden Argumenten: Das Wort "angemessen" setze die nötigen Schranken. Ein Zusatz in Art. 164 ZGB bedeute eine Einladung, möglichst viel so diskret verschwinden zu lassen, dass die Ehefrau möglichst wenig erhalte²⁶⁸. Die Umschreibung des Begriffs "angemessen" sei der schweizerischen Doktrin und Praxis wohlbekannt und sei viel genauer als die Kasuistik des Ständerates. Jede Kasuistik beinhalte eine gewisse Ungerechtigkeit, eine Limitierung, und sei dem schweizerischen Recht unbekannt²⁶⁹.

Aus den vorstehenden Darlegungen geht hervor, dass sich selbst die Juristen bezüglich der Höhe des Anspruchs des haushaltführenden Ehegatten nicht einig sind. Bretscher billigt dem haushaltführenden Ehegatten einen Anspruch auf die Hälfte des Erwerbseinkommens des

²⁶⁵ Amtl.Bull.SR 77.

²⁶⁶ Amtl.Bull.SR 78 (Piller).

²⁶⁷ Amtl.Bull.SR 79 (Bührer).

²⁶⁸ Amtl.Bull.NR 649 (Blunschy).

²⁶⁹ Amtl.Bull.NR 650 (Gerwig).

andern Ehegatten zu. Dieser Ansicht darf m.E. nicht gefolgt werden, selbst wenn man die vom heutigen Gesetzestext abweichende Formulierung von Art. 164 ZGB im Gesetzesentwurf der Expertenkommission berücksichtigt. Vielmehr muss sich die Höhe des Betrages nach den konkreten Verhältnissen des Einzelfalles bemessen, wobei der Eheschutzrichter alle Umstände zu würdigen hat. Zu diesen Umständen gehören zunächst eigene Einkünfte des haushaltführenden Ehegatten und eine verantwortungsbewusste Vorsorge für die Familie (Art. 164 Abs. 2 ZGB). Im weiteren beeinflussen die Höhe des Einkommens des erwerbstätigen Ehegatten und der Lebensstandard der Familie den Betrag des haushaltführenden Ehegatten. Schliesslich bietet auch das Mass, in dem der erwerbstätige Ehegatte über sein Einkommen frei verfügt, einen Anhaltspunkt für die Bemessung des Betrages.

Dem Eheschutzrichter wird mit Art. 173 Abs. 2 ZGB eine schwierige Aufgabe zugewiesen. Ob Art. 164 Abs. 2 ZGB dazu beiträgt, diese zu lösen, wage ich zu bezweifeln. Jedenfalls schränkt Art. 164 Abs. 2 ZGB das freie Ermessen des Richters ein.

C DIE EHESCHUTZRICHTERLICHE MASSNAHME IN ART. 173 ABS. 2 ZGB

I. DIE BEDEUTUNG DER MASSNAHME IN DER PRAXIS

Im Vergleich zu Art. 173 Abs. 1 ZGB wird Art. 173 Abs. 2 ZGB voraussichtlich eine kleinere Bedeutung erlangen. Eine Familie mit Kindern kann bei einem Einkommen von Franken 3000 bis 4000 monatlich nur über 7 Prozent frei verfügen. Bei vielen Familien bleibt also ein bescheidenes Sackgeld für den haushaltführenden Ehegatten.

Obschon Art. 173 Abs. 2 ZGB im Gesetz harmlos wirkt, könnte die nun finanziell gesicherte Stellung des haushaltführenden Ehegatten insbesondere bei Familien mit überdurchschnittlichen Einkommen noch viel Staub aufwirbeln. Bei Eheproblemen dürfte der haushaltführende Ehegatte diesen Trumpf ausspielen. Ob der erwerbstätige Ehegatte als

Antwort das Begehren um Aufhebung des gemeinsamen Haushalts stellt, wird die Zukunft zeigen. Hoffentlich ist Art. 173 Abs. 2 ZGB nicht eine Zwischenstation auf dem Weg zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts. Eine gewisse Gefahr besteht m.E. Die Zielsetzung des Art. 173 Abs. 2 ZGB würde dann nicht erfüllt²⁷⁰.

II. DAS VERHÄLTNIS ZWISCHEN ART. 173 ABS. 2 UND ABS. 1 ZGB

Wenn die Ehegatten über den finanziellen Beitrag an den Unterhalt der Familie streiten, kommt oft auch der haushaltführende Ehegatte im finanziellen Bereich zu kurz. Das Begehren an den Eheschutzrichter, Geldbeiträge während des Zusammenlebens festzusetzen, muss voraussichtlich oft als Begehren interpretiert werden, die finanzielle Situation in ihrer Gesamtheit zu überprüfen.

III. SCHLUSSBEMERKUNG

Der Eheschutzrichter hat in Art. 173 Abs. 2 ZGB eine anspruchsvolle Funktion. Einerseits kann er nicht auf eine ständige Rechtsprechung zurückgreifen, da sie noch nicht existiert. Andererseits muss er während des Zusammenlebens einer Familie unter demselben Dach eine Entscheidung fällen, der oft den letzten Lebensnerv einer Ehe stark belastet und zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts führen kann.

§ 11 ENTZUG DER VERTRETUNGSBEFUGNIS

A VERGLEICH ZWISCHEN DEM ALTEN UND DEM NEUEN RECHT

Die gesetzliche Regelung des Entzugs der Vertretungsbefugnis im neuen Recht (Art. 174 ZGB) entspricht grundsätzlich dem Gesetzestext im alten Recht (Art. 164 ZGB). Neu ist als Ausfluss des

²⁷⁰ Vgl. § 10 B II.

partnerschaftlichen Ehegedankens, dass die Vertretungsbefugnis jedem Ehegatten entzogen werden kann. Die Kompetenz zum Entzug der Vertretungsbefugnis steht neu dem Eheschutzrichter zu. Der Entzug der Vertretungsbefugnis ist eine Eheschutzmassnahme²⁷¹.

B DIE VERTRETUNGSBEFUGNIS DER EHEGATTEN IM ALTEN UND IM NEUEN RECHT

I. VORBEMERKUNG

Wie bei den Geldleistungen während des Zusammenlebens²⁷² erscheint es sinnvoll, zuerst die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft näher zu beleuchten und dann die eheschutzrichterliche Massnahme des Entzugs der Vertretungsbefugnis zu besprechen.

II. DIE VERTRETUNG DER EHELICHEN GEMEINSCHAFT IM ALTEN RECHT

Die Grundkonzeption des alten Rechts machte den Ehemann zum Hauptvertreter der ehelichen Gemeinschaft (Art. 162 Abs. 1 ZGB). Er vertrat die Gemeinschaft in allen Belangen²⁷³. Die Vertretungsbefugnis der Ehefrau war auf die laufenden Bedürfnisse des Haushalts beschränkt (Art. 163 Abs. 1 ZGB). Sie hatte die sog. Schlüsselgewalt. Der Ehemann konnte seiner Frau ausdrücklich oder stillschweigend eine ausserordentliche Vertretungsbefugnis erteilen (Art. 166 ZGB).

²⁷¹ Botschaft 69.

²⁷² Vgl. § 9; § 10.

²⁷³ Egger Art. 162 N.7.

III. DIE VERTRETUNG DER EHELICHEN GEMEINSCHAFT IM NEUEN RECHT

Jeder Ehegatte vertritt während des Zusammenlebens die eheliche Gemeinschaft für die laufenden Bedürfnisse der Familie (Art. 166 Abs. 1 ZGB). Das im alten Recht bewährte System der Vertretung eines Ehegatten durch den andern für die laufenden Bedürfnisse des Haushaltes wird beibehalten²⁷⁴. Die laufenden Bedürfnisse des Haushaltes umfassen beispielsweise den Kauf von Nahrungsmitteln, Kleidern, Schulbüchern, Arztbesuch, Zahnarztbehandlung der Kinder und die Anstellung einer Raumpflegerin²⁷⁵. Die Rechtsprechung zum alten Recht hat weiterhin ihre Gültigkeit.

Für die übrigen Bedürfnisse der Familie kann ein Ehegatte die Gemeinschaft nur vertreten, wenn er vom andern oder vom Richter dazu ermächtigt worden ist oder wenn das Interesse der ehelichen Gemeinschaft keinen Aufschub des Geschäftes duldet und der andere Ehegatte wegen Krankheit, Abwesenheit oder ähnlichen Gründen nicht zustimmen kann (Art. 166 Abs. 2 ZGB). Bei Geschäften, die nicht unter die laufenden Bedürfnisse fallen, kann ein Ehegatte die Gemeinschaft grundsätzlich nur mit Zustimmung des andern vertreten. Das Einverständnis beider Ehegatten ist demnach erforderlich für den Kauf eines Autos, den Abschluss eines Mietvertrages²⁷⁶, die Durchführung einer kostspieligen Reparatur etc. Diese Vertretungsbefugnis entspricht der ausserordentlichen Vertretungsbefugnis der Ehefrau im alten Recht (Art. 166 ZGB).

Kann ein Geschäft nicht später abgeschlossen werden und ist ein Ehegatte wegen Krankheit, Abwesenheit oder ähnlichen Gründen ausserstande, zu handeln, so darf der andere Ehegatte die Gemeinschaft allein vertreten. Dies ist der Fall, wenn ein ärztlicher Eingriff das Leben eines Partners rettet oder eine Reparatur weiteren Schaden verhindern kann.

²⁷⁴ Botschaft 68.

²⁷⁵ BGE 86 II 65; BGE 50 I 47.

²⁷⁶ Vgl. § 4 C III. 4.

C DER ENTZUG DER VERTRETUNGSBEFUGNIS

I. DIE VORAUSSETZUNGEN DES ENTZUGS

1. Ueberschreitung der Vertretungsbefugnis

Die Vertretungsbefugnis ist nicht nur dann überschritten, wenn ein Ehegatte Geschäfte abschliesst, die einzeln den Rahmen der Vertretungsmacht zwar nicht sprengen, aber insgesamt über die laufenden Bedürfnisse des Haushaltes hinausgehen. Vielmehr kann ein Ehegatte die Vertretungsbefugnis schon durch ein einzelnes Geschäft überschreiten. Eine Ueberschreitung der Vertretungsbefugnis liegt vor, wenn ein Ehegatte sich hoch verschuldet, zuviel Bargeld ausgibt oder sogar beides zusammentrifft²⁷⁷.

Die Ueberschreitungen der Vertretungsbefugnis müssen einzeln oder insgesamt schwer wiegen. Dabei spielen die finanziellen Verhältnisse in der betroffenen ehelichen Gemeinschaft eine wichtige Rolle. Bei gutsituierten Ehepaaren mögen etwa der Kauf exklusiver Gartenmöbel oder die Veranstaltung einer Party zu den laufenden Bedürfnissen gehören. Bei Ehegatten mit einem Erwerbseinkommen, das kaum die Existenz der Familie garantiert, bewirkt eine Taxifahrt oder der Kauf eines kostspieligen Weines bereits eine Ueberschreitung der Vertretungsbefugnis.

2. Unfähigkeit zur Ausübung der Vertretungsbefugnis

Unfähigkeit zur Ausübung der Vertretungsbefugnis liegt vor, wenn ein Ehegatte verhindert ist, ein Geschäft zweckmässig abzuschliessen. Es genügt die Unfähigkeit infolge des körperlichen Zustandes oder der geistigen Einstellung, im einzelnen oder insgesamt die Grenzen der Vertretungsbefugnis zu erkennen oder einzuhalten. Handlungsunfähigkeit ist nicht erforderlich²⁷⁸. Sie würde Urteilsunfähigkeit oder

²⁷⁷ Lemp Art. 164 N.4.

²⁷⁸ Lemp Art. 164 N.5.

Unmündigkeit bedingen (Art. 17 ZGB). Ein Ehegatte ist bereits dann unfähig, die Vertretungsbefugnis auszuüben, wenn seine Einsichtsfähigkeit (Grenzen der Befugnis erkennen) oder seine Bestimmungsfähigkeit (Grenzen der Befugnis einhalten) fehlt.

3. Begehren

Das Begehren eines Ehegatten gehört zu den Voraussetzungen, die den Richter ermächtigen, die Massnahme von Art. 174 ZGB zu treffen. M.E. ist die Kompetenzverlagerung beim Entzug der Vertretungsbefugnis ein markanter Fortschritt gegenüber dem alten Recht, wo der Ehemann seiner Frau die Befugnis ohne nähere Prüfung entziehen konnte. Neu wird ein Richter Gewähr dafür bieten, dass die Vertretungsbefugnis nur unter den strengen Anforderungen des Gesetzes eingeschränkt oder entzogen wird.

II. DIE ARTEN DES ENTZUGS

1. Vollständiger Entzug der Vertretungsbefugnis

Ein vollständiger Entzug kommt nur in Frage, sofern eine mildere Massnahme nicht genügt. Der Eheschutzrichter ist an das Prinzip der Verhältnismässigkeit gebunden. Er hat zu beurteilen, welche Massnahme unter Berücksichtigung aller Umstände einer konkreten Verletzung der Vertretungsbefugnis am besten gerecht wird. Als mildere Massnahmen sind die Mahnung (Art. 172 Abs. 2 ZGB) oder ein teilweiser Entzug der Vertretungsbefugnis (Art. 174 Abs. 1 ZGB) denkbar.

2. Teilweiser Entzug der Vertretungsbefugnis

Die teilweise Entziehung oder Beschränkung der Befugnis erstreckt sich auf Geschäfte bestimmter Art wie etwa Aufnahme von Darlehen, Kauf von Kleidern oder auf Geschäfte bestimmter Tragweite wie Schulden über Fr. 5000.--²⁷⁹.

²⁷⁹ Lemp Art. 164 N.1.

III. DIE MITTEILUNG DES ENTZUGS AN DRITTE

1. Durch den Ehegatten

Grundsätzlich obliegt die Mitteilung des richterlichen Entzugs oder der richterlichen Beschränkung der Vertretungsbefugnis demjenigen Ehegatten, der die Massnahme beim Eheschutzrichter erwirkt hat. Zur Schonung des betroffenen Ehegatten darf eine Mitteilung des andern Ehegatten nur persönlich, beispielsweise mündlich oder schriftlich, nicht aber durch ein öffentliches Medium wie Radio, Zeitung etc. erfolgen (Art. 174 Abs. 2 ZGB)²⁸⁰.

2. Durch den Eheschutzrichter

Gutgläubigen Dritten gegenüber ist der Entzug nur wirksam, wenn er auf Anordnung des Richters veröffentlicht worden ist (Art. 174 Abs. 3 ZGB). Diese Publikation ist m.E. eine eigenständige eheschutzrichterliche Massnahme²⁸¹. Sie sollte mit Zurückhaltung und nur bei entsprechenden Umständen angeordnet werden.

IV. DIE WIRKUNGEN DES ENTZUGS

Jeder Ehegatte verpflichtet sich durch seine Handlungen persönlich und, soweit diese nicht für Dritte erkennbar über die Vertretungsbefugnis hinausgehen, solidarisch auch den andern Ehegatten (Art. 166 Abs. 3 ZGB). Jeder Ehegatte haftet für seine Schulden mit seinem gesamten Vermögen (Art. 202 ZGB). Handelt ein Ehegatte ohne Vertretungsbefugnis für die eheliche Gemeinschaft, so muss er persönlich für die Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten eintreten. Dabei darf auf sein gesamtes Vermögen (Eigengut und Errungenschaft) gegriffen werden.

²⁸⁰ Botschaft 69.

²⁸¹ Spühler, Vortrag HSG.

Derjenige Ehegatte, der ohne Befugnis die Gemeinschaft vertritt, riskiert, dass der andere Ehegatte beim Eheschutzrichter Massnahmen i.S. von Art. 172 Abs. 3 ZGB beantragt oder Klage auf Ehescheidung einreicht, wenn das Verhalten des ersteren zu einer tiefen Zerrüttung der Ehe geführt hat²⁸².

§ 12 AUFHEBUNG DES GEMEINSAMEN HAUSHALTES

A VERGLEICH ZWISCHEN DEM ALTEN UND DEM NEUEN RECHT

I. GRÜNDE FÜR DIE AUFHEBUNG DES GEMEINSAMEN HAUSHALTES

Im alten Recht war ein Ehegatte berechtigt, den gemeinsamen Haushalt aufzuheben, wenn seine Gesundheit, sein guter Ruf oder sein wirtschaftliches Auskommen durch das Zusammenleben ernstlich gefährdet wurde (Art. 170 Abs. 1 ZGB). Diese Gründe erwiesen sich zum Teil als zu restriktiv und zu individualistisch, ohne das Wohl der Familie zu berücksichtigen. Die Praxis hielt sich nicht konsequent an das Gesetz²⁸³.

Im neuen Recht regelt Art. 175 ZGB die Gründe für die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes: "Ein Ehegatte ist berechtigt, den gemeinsamen Haushalt für solange aufzuheben, als seine Persönlichkeit, seine wirtschaftliche Sicherheit oder das Wohl der Familie durch das Zusammenleben ernstlich gefährdet ist". Das Kriterium der ernstlichen Gefährdung ist im neuen Recht unverändert geblieben. Neu wird die Persönlichkeit eines Ehegatten umfassend gesehen, wobei die bisherigen Voraussetzungen der Gefährdung der Gesundheit und des guten Rufes enthalten sind. Ferner wird neu das Wohl der Familie geschützt.

²⁸² Lemp Art. 164 N.12.

²⁸³ Vgl. § 4 B III.

Art. 176 Abs. 2 ZGB kodifiziert die bisherige Gerichtspraxis, wonach die Berechtigung zum Getrenntleben auch anerkannt wird, wenn das Zusammenleben unmöglich ist²⁸⁴. M.E. gehört Art. 176 Abs. 2 ZGB sinngemäss zu Art. 175 ZGB und wirkt im Text von Art. 176 ZGB eher störend.

Wie im alten Recht²⁸⁵ ist für die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes keine richterliche Bewilligung nötig. Möglich ist auch, dass die Ehegatten das Zusammenleben im gegenseitigen Einvernehmen auflösen²⁸⁶. Die Ehefrau kann im Unterschied zum alten Recht²⁸⁷ gemäss Art. 25 ZGB des neuen Rechts einen eigenen Wohnsitz begründen. Die Ehegatten können bei einer Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes im gegenseitigen Einverständnis die Fragen des Unterhalts, der Wohnung und des Hausrates selbst regeln. Derartige Parteivereinbarungen bedürfen jedoch der eheschutzrichterlichen Genehmigung, wenn sie sich auf Elternrechte und Unterhaltsbeiträge beziehen²⁸⁸.

II. REGELUNG DES GETRENNTLEBENS

Im alten Recht wurde dem Eeschutzrichter gemäss Art. 170 Abs. 3 ZGB nur die Befugnis erteilt, die Unterhaltsbeiträge zwischen den Ehegatten festzusetzen. Die Regelung des Getrenntlebens erfordert aber auch Anordnungen bezüglich der Wohnung und der unmündigen Kinder. Es bestand eine echte Gesetzeslücke²⁸⁹, welche durch die Gerichtspraxis ausgefüllt wurde²⁹⁰.

²⁸⁴ Vgl. § 4 B III. 1.

²⁸⁵ BGE 85 II 301; BGE 86 II 307.

²⁸⁶ Lemp Art. 170 N.1.

²⁸⁷ Lemp Art. 170 N.23.

²⁸⁸ Bühler/Spühler Art. 158 N.183.

²⁸⁹ R. Kehl in ZSR 86/1967, 169.

²⁹⁰ BGE 91 II 417.

Im neuen Recht werden in Art. 176 Abs. 1 und 3 ZGB die Aufgaben des Eheschutzrichters bei der Regelung des Getrenntlebens umschrieben. Es besteht eine weitgehende Uebereinstimmung mit der Gerichtspraxis und Art. 170 Abs. 3 ZGB des alten Rechts. Neu kann der Eheschutzrichter die Gütertrennung anordnen, wenn es die Umstände rechtfertigen.

B GRÜNDE FÜR DIE AUFHEBUNG DES GEMEINSAMEN HAUSHALTES

I. ERNSTLICHE GEFÄHRDUNG

Schon im alten Recht war die ernstliche Gefährdung eine Voraussetzung für die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes²⁹¹. Ob die Gefährdung ernstlich ist, hängt von der Schwere der drohenden Beeinträchtigung ab, nicht davon, ob die Beeinträchtigung nahe liegt²⁹².

II. GEFÄHRDUNG DER PERSÖNLICHKEIT

Mit dem Begriff "Persönlichkeit" in Art. 175 ZGB werden sämtliche durch Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeitsrechte angesprochen²⁹³. Persönlichkeitsrechte sind absolute Rechte, die jedem Menschen schon allein aufgrund seiner Existenz, um seiner selbst willen zustehen. Riemer unterscheidet verschiedene Fallgruppen von Persönlichkeitsrechten, etwa das Recht auf physische Integrität, das Recht auf psychische Integrität, das Recht auf Ehre oder das Recht auf Intim- und Privatsphäre²⁹⁴.

²⁹¹ Vgl. § 4 B II. 1.

²⁹² Lemp Art. 170 N.4.

²⁹³ Botschaft 87.

²⁹⁴ Riemer, Bundesgerichtspraxis 145.

Der Begriff "Persönlichkeit" lässt m.E. zu viele Auslegungsmöglichkeiten offen. Damit könnte einer uneinheitlichen, schwer kontrollierbaren Gerichtspraxis Vorschub geleistet werden. Schliesslich ist auch im neuen Eherecht vom Zusammenleben der Ehegatten auszugehen. Das Recht zum Getrenntleben sollte daher von bestimmten, im Gesetz klar umschriebenen Voraussetzungen abhängig gemacht werden.

III. GEFÄHRDUNG DER WIRTSCHAFTLICHEN SICHERHEIT

Unter der wirtschaftlichen Sicherheit eines Ehegatten ist nicht ein eigentliches wirtschaftliches Wohlergehen zu verstehen, sondern ein gewisses Minimum an wirtschaftlichem Auskommen²⁹⁵. Die Gefährdung der wirtschaftlichen Sicherheit eines Ehegatten als Grund für die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ist aus dem alten Recht bekannt²⁹⁶.

Im Unterschied zum alten Recht hängt jedoch die wirtschaftliche Sicherheit der Ehegatten von den finanziellen Mitteln beider Ehegatten ab. Auch Einkommen und Vermögen der Ehefrau zählen zu den finanziellen Mitteln einer Familie²⁹⁷. Diese Ausgangslage ist für die wirtschaftliche Sicherheit bedeutend, wenn man bedenkt, dass im Zeitpunkt der Heirat ca. 75 Prozent aller Frauen ihre Erwerbstätigkeit nicht endgültig aufgeben. Bei einer Volkszählung im Jahre 1980 waren ca. 14,5 % aller Ehefrauen voll, 18,5 % in Teilzeit berufstätig²⁹⁸. Diese Situation wirkt sich positiv auf die wirtschaftliche Sicherheit der Ehegatten aus.

Die wirtschaftliche Sicherheit desjenigen Ehegatten, der den Haushalt besorgt oder die Kinder betreut, wird im neuen Recht bedeutend verbessert, indem ihm gemäss Art. 164 ZGB ein Anspruch auf einen angemessenen Betrag zur freien Verfügung zusteht²⁹⁹.

²⁹⁵ Botschaft 87.

²⁹⁶ Vgl. § 4 B II. 4.

²⁹⁷ Vgl. § 9 B III.

²⁹⁸ Nabholz, Frauenfragen 13.

²⁹⁹ Vgl. § 10.

Der Eheschutzrichter wird bei der Beurteilung der Frage, ob die wirtschaftliche Sicherheit eines Ehegatten ernstlich gefährdet ist, neue, voraussichtlich strengere Massstäbe setzen als im alten Recht.

Vom Bundesgericht bejaht worden ist die Gefährdung der wirtschaftlichen Sicherheit in einem Fall, in dem eine Familie auf den Verdienst der Ehefrau angewiesen gewesen wäre, diese aber am Wohnort des Ehemannes keine ihr zumutbare Arbeit fand³⁰⁰.

Gemäss Kehl überzeugen die meisten Entscheide, in denen eine Gefährdung der wirtschaftlichen Sicherheit bejaht wird, nicht. Es handle sich um eine wenig glückliche Gesetzesbestimmung, von der zum vornherein niemand recht wisse, was damit gemeint sein solle. Dieser Getrenntlebensgrund hätte daher füglich weggelassen werden können³⁰¹.

IV. GEFÄHRDUNG DES WOHLS DER FAMILIE

Das Wohl eines Ehegatten ist beeinträchtigt, wenn seine Persönlichkeit oder seine wirtschaftliche Sicherheit durch das Zusammenleben ernstlich gefährdet werden. Das Wohl der Familie ist gefährdet, wenn die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes im Interesse eines oder beider Ehegatten und der Kinder liegt³⁰². Der Begriff "Wohl der Familie" beinhaltet auch das Wohl der Kinder. Die restriktive und individualistische Formulierung des alten Rechts (Art. 170 Abs. 1 ZGB) ist zugunsten einer Generalklausel aufgegeben worden³⁰³.

Analog zur Definition des Kindeswohls³⁰⁴ könnte m.E. der Begriff "Wohl der Familie" konkretisiert werden. Das Wohl der Familie ist eine Generalklausel, die im Einzelfall näherer Begründung bedarf. Enthalten sind ein deskriptives Element, das die aktuelle Lage der Familie ins

³⁰⁰ BGE 54 I 108 ff.

³⁰¹ Kehl R. in SJZ 74/1978, 328/329.

³⁰² Botschaft 87.

³⁰³ Diss. Graf 112.

³⁰⁴ Bühler/Spühler Art. 156 N.66.

Auge fasst, und ein prognostisches Element, das die Entwicklungsbedingungen der Familie berücksichtigt.

Durch die neue gesetzliche Grundlage in Art. 175 ZGB erhält der Eheschutzrichter mehr Entscheidungsspielraum, wobei er die Verantwortung trägt, dass nicht jede Beeinträchtigung des Familienwohls die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes rechtfertigt.

V. UNMÖGLICHKEIT DES ZUSAMMENLEBENS

Gemäss Art. 176 Abs. 2 ZGB kann ein Ehegatte das Begehren um eheschutzrichterliche Regelung der Nebenfolgen des Getrenntlebens auch stellen, wenn das Zusammenleben unmöglich ist. Die Unmöglichkeit des Zusammenlebens berechtigt nebst den Gründen in Art. 175 ZGB zum Getrenntleben.

Bereits im alten Recht wurde die Unmöglichkeit des Zusammenlebens durch die Gerichtspraxis als Grund zum Getrenntleben anerkannt³⁰⁵. Einer Kasuistik bei Bühler ist zu entnehmen, dass die Rechtsprechung die Unmöglichkeit des Zusammenlebens bejahte bei einer längeren Freiheitsstrafe des Ehemannes, bei einer länger dauernden faktischen Trennung der Ehegatten, bei Unkenntnis des Wohnsitzes des Ehemannes, bei Verlassung und bei der Weigerung des Ehemannes, die eheliche Wohnung zu bestimmen³⁰⁶.

Mit Art. 176 Abs. 2 ZGB wird eine der störendsten Gesetzeslücken des alten Rechts geschlossen. Von der Systematik her betrachtet gehört Art. 176 Abs. 2 zu Art. 175 ZGB.

³⁰⁵ Vgl. § 4 B III. 1.

³⁰⁶ Diss. Bühler 34/35.

C REGELUNG DES GETRENNTLEBENS

I. VORBEMERKUNGEN

Im neuen Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB werden in Uebereinstimmung mit der bisherigen Praxis die Aufgaben des Eheschutzrichters bei der Regelung der Nebenfolgen im Falle der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes umschrieben. Eine ausführliche Darstellung dieser Aufgaben ist im ersten Teil der Arbeit erfolgt³⁰⁷.

Eine neue Kompetenz erhält der Eheschutzrichter in Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Er kann die Gütertrennung anordnen, wenn es die Umstände rechtfertigen³⁰⁸.

In Art. 176 Abs. 3 ZGB wird ebenfalls in Uebereinstimmung mit der bisherigen Praxis die Stellung des Eheschutzrichters gegenüber den unmündigen Kindern der Ehegatten gesetzlich verankert. Eine ausführliche Darstellung dieser Problematik erfolgt im nächsten Paragraphen der Arbeit³⁰⁹.

II. UNTERHALTSBEITRÄGE

Ist die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes begründet, so muss der Richter auf Begehren eines Ehegatten die Geldbeiträge, die der eine Ehegatte dem anderen schuldet, festsetzen (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Die Ausführungen im ersten Teil der Arbeit zur Regelung der finanziellen Seite während des Getrenntlebens³¹⁰ sind für das neue Recht nur mit Vorbehalt richtig. Die neue gesetzliche Grundlage in Art. 163 ZGB, wonach die Ehegatten gemeinsam nach Kräften für den

³⁰⁷ Vgl. § 4 C II. (Unterhaltsbeiträge zwischen den Ehegatten); § 4 C III. (Benützung von Wohnung und Hausrat).

³⁰⁸ Vgl. § 12 C IV.

³⁰⁹ Vgl. § 13.

³¹⁰ Vgl. § 4 C II.

gebührenden Unterhalt der Familie sorgen und sich über die Aufgabenteilung innerhalb der Gemeinschaft verständigen, verpflichtet den Eheschutzrichter, eine allfällige Unterhaltspflicht beider Ehegatten, also auch der Ehefrau, zu prüfen. Der Richter hat dabei von der Vereinbarung der Ehegatten über die Aufgabenteilung während des Zusammenlebens auszugehen. Daraus ergibt sich ein neuer Grundsatz³¹¹ für die Bemessung der Unterhaltsbeiträge während des Getrenntlebens: Die Unterhaltsbeiträge sind im Rahmen der bisherigen Lebenshaltung der Ehegatten nach Leistungsfähigkeit und Bedarf beider Ehegatten zu bemessen, wobei die Verständigung über die Aufgabenteilung i.S. von Art. 163 Abs. 2 ZGB zu berücksichtigen ist.

III. WOHNUNG UND HAUSRAT

Ist die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes begründet, so muss der Richter auf Begehren eines Ehegatten die Benützung der Wohnung und des Hausrates regeln (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Die zum alten Recht besprochenen Grundsätze sind auch für das neue Recht massgebend³¹².

IV. GÜTERTRENNUNG

Ist die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes begründet, so muss der Richter auf Begehren eines Ehegatten die Gütertrennung anordnen, wenn es die Umstände rechtfertigen (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Ein solcher Umstand liegt beispielsweise vor, wenn ein Ehegatte glaubhaft macht, dass seine finanziellen Interessen wirklich gefährdet

³¹¹ Grundsatz des alten Rechts (SJZ 73/1977, 183/184): Die Unterhaltsbeiträge sind im Rahmen der bisherigen Lebenshaltung der Ehegatten nach Leistungsfähigkeit und Bedarf des pflichtigen Teils einerseits und nach den Bedürfnissen des berechtigten Teils unter Berücksichtigung des Beitrags an die ehelichen Lasten andererseits zu bemessen.

³¹² Vgl. § 4 C III.

sind, und andere Massnahmen zu ihrem Schutz wahrscheinlich nicht ausreichen dürften³¹³.

Eine andere, dem alten Eheschutzrecht unbekannte Massnahme, m.E. eine Alternative zur Gütertrennung, ist die Beschränkung der Verfügungsbefugnis gemäss Art. 178 ZGB. Die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung aus dem Güterrecht kann gesichert werden, indem der Richter die Verfügung über bestimmte Vermögenswerte von der Zustimmung beider Ehegatten abhängig macht und geeignete sichernde Massnahmen trifft³¹⁴.

Die Gütertrennung wirkt sich auf das gesamte Vermögen der Ehegatten aus, währenddem sich die Beschränkung der Verfügungsbefugnis nur auf bestimmte Vermögenswerte bezieht. Beide eheschutzrichterlichen Massnahmen sind m.E. mit grosser Zurückhaltung anzuordnen, da sie in der Regel die Wiedervereinigung der Ehegatten erschweren und damit das primäre Ziel des Eheschutzes gefährden.

V. UNMÜNDIGE KINDER

Haben die Ehegatten unmündige Kinder, so trifft der Richter nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen (Art. 176 Abs. 3 ZGB). Wir haben uns am Anfang der Arbeit vorgenommen, die Stellung des Eheschutzrichters gegenüber den unmündigen Kindern der Ehegatten ausführlich darzustellen. Diese Problematik wird deshalb in einem speziellen Kapitel behandelt³¹⁵.

³¹³ Bühler/Spühler Art. 145 N.324.

³¹⁴ Vgl. § 15 C II.

³¹⁵ Vgl. § 13.

§ 13 DIE STELLUNG DES EHESCHUTZRICHTERS GEGENÜBER DEN KINDERN

A VERGLEICH ZWISCHEN DEM ALTEN UND DEM NEUEN RECHT

Im alten Recht fehlte eine gesetzliche Grundlage, welche bei Aufhebung des gemeinsamen Haushalts die Kompetenzen des Eheschutzrichters gegenüber den unmündigen Kindern der Ehegatten umschrieben hätte. Aufgrund der Lehre und einer ständigen Rechtsprechung war er zuständig, die elterliche Gewalt einem Ehegatten allein zuzuteilen, das Besuchsrecht zu regeln und die Unterhaltsbeiträge für die Kinder festzulegen³¹⁶.

Im neuen Recht regelt Art. 176 Abs. 3 ZGB in Uebereinstimmung mit der bisherigen Praxis und über den Wortlaut von aArt. 170 Abs. 3 ZGB hinaus die Aufgaben des Richters bezüglich der Kinder. Die Kompetenzen des Richters ergeben sich aus dem 8. Titel des ZGB. Sie sind nicht erweitert worden, obwohl dies m.E. angezeigt gewesen wäre. Die Formulierung von Art. 176 Abs. 3 ZGB lässt eine umfassende Befugnis des Eheschutzrichters vermuten, welche auch die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 ff. ZGB einschliessen müsste.

³¹⁶ Lemp Art. 170 N.11, 15, 18; BGE 91 II 417.

B DIE BESTIMMUNGEN ÜBER DIE WIRKUNGEN DES KINDESVERHÄLTNISSES ALS RAHMEN FÜR DIE KOMPETENZEN DES EHESCHUTZRICHTERS

I. VORBEMERKUNGEN

Im ersten Teil der Arbeit haben wir gesehen, welche Anordnungen der Eheschutzrichter bezüglich unmündiger Kinder treffen muss, wenn die Ehegatten sich trennen³¹⁷. Grundsätzlich kann an dieser Stelle auf die früheren Ausführungen verwiesen werden.

Um innerhalb von § 13 eine abschliessende Darstellung der Stellung des Eheschutzrichters gegenüber den Kindern zu erreichen, kommen wir, ohne auf Details einzugehen, auf die bereits besprochenen Kompetenzen des Richters im Kindesrecht zurück.

II. DIE ZUTEILUNG DER OBHUT BZW. ELTERLICHEN GEWALT ³¹⁸

Der Eheschutzrichter kann bei der Regelung des Getrenntlebens die elterliche Gewalt einem Ehegatten allein zuteilen (Art. 297 Abs. 2 ZGB). Oft genügt in der Praxis die Zuweisung der Obhut. Dabei bleibt die elterliche Gewalt des andern Elternteils in ihrem rechtlichen Bestand unberührt³¹⁹. Die Obhut beinhaltet das Recht auf Bestimmung von Ort und Art der Unterbringung der Kinder sowie die Rechte und Pflichten bezüglich der täglichen Fürsorge, Pflege und Erziehung. Bei wichtigen, oft einmaligen Fragen haben beide Elternteile zu entscheiden³²⁰. Der Wohnsitz des Obhutsinhabers ist massgebend für den Wohnsitz der Kinder.

³¹⁷ Vgl. § 4 C IV.

³¹⁸ Vgl. § 4 C IV. 3.

³¹⁹ Bühler/Spühler Art. 145 N.200.

³²⁰ Bühler/Spühler Art. 145 N.201; Diss. Leuenberger 156.

Als massgebendes Kriterium für die Zuteilung der Obhut bzw. elterlichen Gewalt hat sich schon früh das Kindeswohl durchgesetzt. Hegnauer fragt sich im Hinblick auf die Revision des Ehescheidungsrechts neustens nach den Kriterien des Kindeswohls³²¹: Rechtsprechung und Literatur hätten darauf vielfältige Antworten gefunden. Der Grundsatz vom Vorrang der Mutter möge zwar für die allererste Kindheit biologisch gerechtfertigt sein, allein die Rechtsprechung anerkenne ihn auch für die Zeit bis zur Pubertät³²². Indessen sei der Grundsatz vom mütterlichen Vorrang nach dem Befund der Sozialwissenschaften heute überholt. Er verstosse gegen die verfassungsmässige Gleichstellung von Mann und Frau. Wenn die Rechtsprechung sich hier an unhaltbare Regeln halte, so stelle sich die Frage, ob nicht die Gesetzgebung sie auf die massgebenden Richtlinien hinweisen müsste. Die Bindungen des Kindes wären dabei von grösster Bedeutung. Zentrale Gesichtspunkte wären auch die Eignung zur Betreuung des Kindes, die Aussichten, dem Kind ein dauerhaftes Heim zu bieten³²³ sowie die Bereitschaft und Fähigkeit, die Beziehungen des Kindes zum anderen Elternteil zu achten und zu erhalten.

³²¹ Hegnauer, Kindeszuteilung 155.

³²² BGE 109 II 194; BGE 108 II 369; Diss. Jorio 286: Jorio befürwortet unter Berücksichtigung der Entwicklung des Kindes, dass vom 8. Altersjahr bis zur Pubertät keinem Elternteil, nach der Pubertät eher dem Vater ein Vorrang auf Zuteilung der elterlichen Gewalt zustehen sollte.

³²³ Diss. Jorio 286/287: Einschneidende Veränderungen der Umgebung des Kindes (Freundeskreis, Schule, Wohnung etc.) müssen dringend vermieden werden. Der Vater bietet in der Regel weniger Gewähr für stabile Verhältnisse. Hingegen sind ca. 80 Prozent der der Mutter zugeteilten Kinder nach der Scheidung am gleichen Aufwuchsplatz geblieben.

III. DIE FESTSETZUNG DER UNTERHALTSBEITRÄGE ³²⁴

Der Eheschutzrichter muss bei der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes den Unterhalt des Kindes regeln (Art. 276 Abs. 2 und 279 Abs. 1/3 ZGB). Die elterliche Unterhaltspflicht wird bei Getrenntleben der Ehegatten zur Unterhaltsbeitragspflicht.

Der Unterhaltsbeitrag bemisst sich im Rahmen der bisherigen Lebensstellung der Familie nach den durchschnittlichen Bedürfnissen des Kindes einerseits und der Leistungsfähigkeit des beitragspflichtigen Elternteils sowie der Leistung und Leistungsfähigkeit des Obhutsinhabers anderseits³²⁵.

Unter der Lebensstellung ist das Gesamtbild zu verstehen, das sich von Erziehung, Bildung, Ausbildung, beruflicher Tätigkeit, der Lebensweise und der Stellung im Rahmen des gesellschaftlichen Gefüges ergibt³²⁶. Die Leistungsfähigkeit wird errechnet aus der Differenz zwischen allen Einkünften und allen Unterhaltsverpflichtungen unter Einschluss des eigenen Unterhalts. Die Grenze der Leistungsfähigkeit liegt dort, wo der eigene angemessene Unterhalt gefährdet wird³²⁷.

Die Unterhaltsbeitragspflicht ist voraussetzungslos und von Bestand, Umfang oder Ausübung des Besuchsrechts unabhängig. Verzicht auf persönlichen Verkehr mit dem Kind oder Schwierigkeiten bei der Ausübung des Besuchsrechts befreien nicht von der Beitragspflicht³²⁸.

Die Erfüllung der Unterhaltsbeitragspflicht ist in Art. 289 - 292 ZGB geregelt. Vernachlässigt der Ehegatte, dem die Obhut entzogen worden ist, seine Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern, so kann der Obhutsinhaber die Zwangsvollstreckung mittels Schuldbetreibung einleiten.

³²⁴ Vgl. § 4 C IV. 4.

³²⁵ Bühler/Spühler Art. 145 N.237.

³²⁶ Diss. Winzeler 28.

³²⁷ Diss. Winzeler 29.

³²⁸ Bühler/Spühler Art. 145 N.242.

ten. In der Betreuung für Unterhaltsleistungen an das Kind kann in den Notbedarf des Schuldners eingegriffen werden³²⁹. Dieses Vorgehen ist aber kompliziert und zeitintensiv. Im neuen Recht kann der Eheschutzrichter die Schuldner des pflichtvergessenen Ehegatten anweisen, ihre Zahlungen direkt an den Obhutsinhaber der Kinder zu leisten.

IV. REGELUNG DES PERSÖNLICHEN VERKEHRS ³³⁰

Die Eltern haben Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem unmündigen Kind, das nicht unter ihrer elterlichen Gewalt oder Obhut steht (Art. 273 ZGB). Der Eheschutzrichter ordnet gemäss Art. 275 Abs. 2 ZGB das Besuchsrecht von Amtes wegen. Das Besuchsrecht ist auf wiederholte regelmässige Ausübung gerichtet und bedarf einer dauerhaften objektiven Ordnung³³¹. Die Aufrechterhaltung eines persönlichen Kontaktes zu den Kindern ist eine Pflicht gegenüber der Familie. Der Eheschutzrichter kann einen nachlässigen Ehegatten mahnen i.S. von Art. 172 ZGB³³².

Im Zusammenhang mit der bevorstehenden Revision des Ehescheidungsrechts plädiert Hegnauer für eine Aufwertung der Stellung desjenigen Ehegatten, der nicht Inhaber der elterlichen Gewalt ist, also des Besuchsberechtigten. Zu denken sei eher an eine Auskunft- oder Informationspflicht des Inhabers der elterlichen Gewalt oder an eine Anhörung in wichtigen Angelegenheiten. Ferner sei zu überlegen, ob das Konzept des Besuchsrechts einem Konzept der Besuchspflicht weichen müsse. Das Konzept des Besuchsrechts rücke bei Störungen im persönlichen Verkehr die Frage in den Vordergrund, ob das Kindeswohl gefährdet sei. Dabei stehe regelmässig das Kind im Mittelpunkt der Untersuchung und werde fast unvermeidlich in einen Loyalitätskonflikt zwischen den Eltern verwickelt. Beim Konzept der Besuchspflicht könnten die Störungen eher zwischen den Eltern selbst aufgeklärt und behoben

³²⁹ Hegnauer, Kindesrecht 129.

³³⁰ Vgl. § 4 C IV. 5.

³³¹ Hegnauer, Kindesrecht 107.

³³² ZR 72/1973 Nr. 46.

ben werden. Dies entspreche der Tatsache, dass Störungen im persönlichen Verkehr meist ein Problem der Eltern und nicht des Kindes seien³³³.

C DIE KINDESSCHUTZMASSNAHMEN GEMÄSS ART. 307 FF. ZGB

I. VORBEMERKUNGEN

Nachfolgend soll ein Ueberblick über die Kindesschutzmassnahmen den Zusammenhang erleichtern, wenn später wieder von ihnen die Rede ist³³⁴. Dann wird die Frage der Zuständigkeit des Eheschutzrichters zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen erläutert³³⁵.

II. DER BEGRIFF DER KINDESSCHUTZMASSNAHME

Der Begriff der zivilrechtlichen Kindesschutzmassnahme umfasst alle Massnahmen, die einen direkten, indirekten, verschuldeten oder unverschuldeten Verstoss der Eltern gegen die ihnen vom Gesetzgeber übertragenen Rechte und Pflichten gegenüber dem Kind voraussetzen, wobei der Verstoss zu einer objektiven Gefährdung des Kindeswohls³³⁶ führen muss, welcher nicht auf eine andere Art und Weise als mit Hilfe einer gesetzlich geregelten behördlichen Anordnung begegnet werden kann³³⁷. Als Kindesschutzmassnahmen im iuristisch-technischen Sinn sollen lediglich die Massnahmen in Art. 307 - 312 ZGB gelten.

³³³ Hegnauer, Kindeszuteilung 157.

³³⁴ Vgl. § 13 C III.

³³⁵ Vgl. § 13 C IV. 2.

³³⁶ Diss. Henkel 6 ff.; 19 ff.

³³⁷ Diss. Gianola 3/4.

III. UEBERBLICK ÜBER DIE KINDESSCHUTZMASSNAHMEN

1. Die vormundschaftsbehördliche Aufsicht gemäss Art. 307 ZGB

Eine vormundschaftsbehördliche Aufsicht ist insbesondere dann anzuordnen, wenn die Gefährdung des Kindes einer dauernden, mit Beratung verbundenen Kontrolle bedarf oder eine Weisungskontrolle während längerer Zeit durchzuführen ist³³⁸. Aufsichtsorgan kann eine Privatperson oder eine öffentliche Stelle sein. Es hat das Kind allgemein zu überwachen und die Beobachtungen der Vormundschaftsbehörde periodisch zu melden³³⁹. Es ist befugt, in die Verhältnisse Einblick zu nehmen und Auskünfte einzuholen, soweit dies für die Erfüllung des Auftrags nötig ist³⁴⁰. Eine vormundschaftsbehördliche Aufsicht schränkt die elterliche Gewalt nur insofern ein, als der Inhaber der elterlichen Gewalt die Aufsicht zu dulden und zu deren Durchführung Hand zu bieten hat. In der Praxis ist die Anordnung einer vormundschaftsbehördlichen Aufsicht häufig anzutreffen³⁴¹.

2. Die Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB

Eine Erziehungsbeistandschaft ist anzuordnen, wenn mildere Massnahmen das Kindeswohl nicht garantieren und strengere Massnahmen nicht angezeigt sind. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zeigt sich in der Formulierung von Art. 308 Abs. 1 ZGB: "Erfordern es die Verhältnisse, so...".

Der Erziehungsbeistand hat im Unterschied zum Aufsichtsorgan bei der vormundschaftsbehördlichen Aufsicht nicht nur ein Recht auf Einblick und Auskunft. Er ist befugt, den Eltern bei der Kindererzie-

³³⁸ Bühler/Spühler, Art. 156 N.171; Diss. Henkel 77.

³³⁹ Diss. Henkel 80.

³⁴⁰ Hegnauer, Kindesrecht 150.

³⁴¹ SJZ 54/1958 Nr. 171: Das Kindeswohl gefährdende Lebensführung einer Mutter; BGE 82 II 477: Zweifel am erzieherischen Einfluss der zweiten Ehefrau auf das Kind aus erster Ehe; ZR 56/1957 Nr. 22: Ueberwachung einer Auflage.

hung Empfehlungen und Anleitung zu geben und zusammen mit ihnen auf das Kind einzuwirken³⁴². Die Vormundschaftsbehörde kann dem Beistand besondere Befugnisse übertragen, etwa die Ueberwachung des persönlichen Verkehrs, den Abschluss eines Lehrvertrages oder die Zustimmung zu einer ärztlichen Behandlung³⁴³.

Die Erziehungsbeistandschaft ist ein Eingriff in die elterliche Gewalt. Sie verpflichtet die Eltern, bei der Kindererziehung mit dem Beistand zusammenzuarbeiten. Bei der Ueberwachung des Besuchsrechts haben die Eltern die Anweisungen des Beistands zu befolgen³⁴⁴.

3. Die Aufhebung der elterlichen Obhut gemäss Art. 310 ZGB

Im eherechtlichen Verfahren kommt die Aufhebung der elterlichen Obhut nur in Form von Art. 310 Abs. 1 ZGB vor. Da wir die Kindeschutzmassnahmen im Rahmen der Regelung des Getrenntlebens besprechen, kann auf eine Erläuterung von Art. 310 Abs. 2 ZGB verzichtet werden.

Die Gefährdung des Kindes muss so ernst sein, dass sie weder durch geeignete Massnahmen nach Art. 307 ZGB noch durch eine Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 ZGB abgewendet werden kann. Der Nachweis einer dauernden Gefährdung oder der Verwahrlosung des Kindes ist nicht nötig. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass der Gefährdung nur durch die längerfristige Massnahme in Art. 310 ZGB begegnet werden kann³⁴⁵.

Das Kind ist in angemessener Weise unterzubringen (Art. 310 Abs. 1 ZGB). Dies kann bei einer Familie, einer Einzelperson oder in

³⁴² Hegnauer, Kindesrecht 151.

³⁴³ Diss. Di Bisceglia 57 ff. ZGB (zu den Befugnissen des Erziehungsbeistandes).

³⁴⁴ Hegnauer, Kindesrecht 152.

³⁴⁵ Hegnauer, Kindesrecht 155.

einem Heim sein³⁴⁶. Bei Jugendlichen nahe der Mündigkeit kommt auch eine selbständige eigene Unterkunft in Frage.

Die elterliche Gewalt bleibt, abgesehen vom Aufenthaltsbestimmungsrecht über die Kinder, bestehen³⁴⁷. Die Aufhebung der elterlichen Obhut kann befristet oder für solange angeordnet werden, als die Massnahme erforderlich scheint³⁴⁸.

4. Die Entziehung der elterlichen Gewalt gemäss Art. 311/312 ZGB

Die Entziehung der elterlichen Gewalt ist der schwerste Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Eltern und setzt einen gesetzlichen Entziehungsgrund voraus. Entziehungsgründe sind die objektive Unfähigkeit der Eltern zur Erziehung infolge Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechen, Ortsabwesenheit oder ähnlicher Gründe (Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) und bisheriges pflichtwidriges Verhalten der Eltern (Art. 311 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Beide Entziehungsgründe sind von einem Verschulden der Eltern unabhängig³⁴⁹.

Die Entziehung der elterlichen Gewalt aus wichtigen Gründen gemäss Art. 312 Ziff. 1 ZGB ist dann gerechtfertigt, wenn sich die Eltern ausserstande sehen, ihre Aufgabe pflichtgemäss zu erfüllen. Wichtige Gründe sind nicht identisch mit den in Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB genannten Voraussetzungen³⁵⁰. Hegnauer macht die Anwendung von Art. 311 oder 312 ZGB davon abhängig, ob sich die Eltern der Entziehung widersetzen oder ob sie sie selbst wünschen³⁵¹.

³⁴⁶ Diss. Di Bisceglia 72 ff. (zu den Möglichkeiten der Unterbringung).

³⁴⁷ Hegnauer, Kindesrecht 156.

³⁴⁸ Bühler/Spühler Art. 156 N.190.

³⁴⁹ Bühler/Spühler Art. 156 N.192; Hegnauer, Kindesrecht 156/157.

³⁵⁰ Bühler/Spühler Art. 156 N.193.

³⁵¹ Hegnauer, Kindesrecht 158.

Der Richter darf die elterliche Gewalt nur dann entziehen, wenn bei beiden Elternteilen ein Entziehungsgrund vorliegt. Eignet sich ein Elternteil für die Ausübung der elterlichen Gewalt, so ist die Massnahme in Art. 311/312 ZGB ausgeschlossen³⁵².

Die Entziehung der elterlichen Gewalt wirkt grundsätzlich unbefristet. Bei Aenderung der Verhältnisse ist die elterliche Gewalt wieder einem Elternteil zu übertragen, was aber gemäss Art. 313 Abs. 2 ZGB nicht vor Ablauf eines Jahres seit der Entziehung erfolgen darf³⁵³.

IV. DIE ZUSTÄNDIGKEIT ZUR ANORDNUNG VON KINDESSCHUTZ- MASSNAHMEN IM EHRECHTLICHEN VERFAHREN

1. Im Ehescheidungsverfahren

Der Ehescheidungsrichter ist befugt und verpflichtet, die durch die Umstände gebotenen Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 ff. ZGB anzuordnen. Dies ergibt sich aus Art. 156 in Verbindung mit Art. 315a Abs. 1 ZGB. Diese sachliche Zuständigkeit des Ehescheidungsrichters erscheint unter dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs und der Verfahrensökonomie gerechtfertigt³⁵⁴.

2. Im Eheschutzverfahren

a) Altes Recht

Im alten Recht wurde dem Eheschutzrichter die Kompetenz zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen i.S. von Art. 307 ff. ZGB abgesprochen. Viele Autoren haben sich mit der sachlichen Zuständigkeit zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen im eherechtlichen Verfahren auseinandergesetzt. Es lohnt sich m.E., auf diesen Problemkreis

³⁵² BGE 82 II 474.

³⁵³ Bühler/Spühler Art. 156 N.197.

³⁵⁴ Bühler/Spühler Art. 156 N.154; Hegnauer, Kindesrecht 161; Diss. Henkel 114/132; Diss. Gianola 45.

näher einzugehen, da die Argumentation dieser Autoren auch im neuen Recht ihre Gültigkeit haben wird.

Gianola nimmt die ausdrücklichen Kompetenzen des Eheschutzrichters im Kindesrecht als Ausgangspunkt. Art. 275 ZGB räume dem Eheschutzrichter die Befugnis ein, den persönlichen Verkehr zwischen den Eltern und Kindern zu regeln. Habe sich der Richter mit der Ausgestaltung des Besuchsrechts zu befassen, so werde er dasselbe immer derart regeln, dass das Kindeswohl und das Interesse der Eltern an der Ausübung dieses Rechts gewahrt blieben. Das Besuchsrecht enthalte somit wesentliche Merkmale einer Kindesschutzmassnahme und komme einer solchen gleich³⁵⁵. Gianola führt dann aus, Art. 297 Abs. 2 ZGB erlaube dem Eheschutzrichter, die elterliche Gewalt einem Ehegatten allein zuzuteilen. Die Zuteilung der elterlichen Gewalt an einen Elternteil rechtfertige sich nur, wenn ohne eine entsprechende Massnahme das Kindeswohl gefährdet oder verletzt werde. Die Voraussetzungen zur Anordnung einer Massnahme nach Art. 297 Abs. 2 ZGB seien insoweit die gleichen wie bei den übrigen Kindesschutzmassnahmen. Auch entsprächen ihr Sinn und Zweck diesen Massnahmen. Gianola zieht abschliessend den Schluss, dass der Eheschutzrichter nicht schlechthin vom Erlass von Kindesschutzmassnahmen ausgeschlossen sei. Dem Eheschutzrichter müsse grundsätzlich die Befugnis zustehen, alle Massnahmen zu treffen, die der Schutz der ehelichen Gemeinschaft erfordere. Dazu könnten unter Umständen auch Kindesschutzmassnahmen zählen. Aufgrund von Art. 315a ZGB könne er jedoch keine Vorkehren gemäss Art. 307 ff. ZGB treffen³⁵⁶.

Henkel erwähnt den Eheschutzrichter unter dem Titel "unzuständige Instanzen"³⁵⁷. Als Begründung führt er an, Art. 315a ZGB erteile die sachliche Zuständigkeit einzig dem Richter, der nach den Bestimmungen über die Ehescheidung urteile. Vergleiche man Art. 315a Abs. 1 ZGB mit den Art. 275 Abs. 2 und 279 Abs. 3 ZGB, so erwähne der Gesetzgeber den Eheschutzrichter in den letztgenannten Artikeln aus-

³⁵⁵ Diss. Gianola 34.

³⁵⁶ Diss. Gianola 35.

³⁵⁷ Diss. Henkel 132/133.

drücklich. Ferner sei zu beachten, dass der Gesetzgeber generell die Kompetenzen der vormundschaftlichen Behörden zulasten des Richters ausgedehnt habe³⁵⁸. Schliesslich seien Eheschutzmassnahmen regelmässig von beschränkter Dauer und könnten im summarischen Verfahren angeordnet werden³⁵⁹.

Graf lehnt die Zuständigkeit des Eheschutzrichters ab, Kindeschutzmassnahmen anzuordnen³⁶⁰.

Leuenberger spricht sich grundsätzlich gegen die Zuständigkeit des Eheschutzrichters zur Anordnung von Kindeschutzmassnahmen aus. Er vertritt die Meinung, dass bei der Beurteilung von Eheschutzbegehren der Richter sehr oft eine Gefährdung des Kindeswohls feststellen könne, die Vormundschaftsbehörde aber nicht orientiert sei. Dann stehe dem Richter die Pflicht bzw. das Recht zu, sie in Kenntnis zu setzen. Dabei handle es sich nicht um Eheschutz im eigentlichen Sinn, der Richter diene aber durch solche Anzeigen dem Wohl der ehelichen Gemeinschaft indirekt³⁶¹. Später relativiert Leuenberger im Rahmen seiner Ausführungen über die Kinderzuteilung die Kompetenzen des Eheschutzrichters. Er schreibt, wenn sich kein Elternteil zur Erziehung der Kinder eigne, dann müsse dem Eheschutzrichter wie dem Ehescheidungsrichter das Recht zustehen, die Kinder bei einem Dritten - etwa einer Pflegefamilie oder in einem Kinderheim - unterzubringen³⁶². Die Unterbringung der Kinder bei einem Dritten käme aber einer Kindeschutzmassnahme i.S. von Art. 310 ZGB gleich³⁶³.

Hegnauer erklärt den Eheschutzrichter aufgrund von Art. 315a ZGB unzuständig, Kindeschutzmassnahmen anzuordnen, schränkt aber

³⁵⁸ Vgl. auch Hegnauer, Kindeszuteilung 159.

³⁵⁹ Diss. Henkel 133/134 (Fussnote 3).

³⁶⁰ Diss. Graf 144.

³⁶¹ Diss. Leuenberger 79 (Fussnote).

³⁶² Diss. Leuenberger 132.

³⁶³ Vgl. § 13 C III. 3.

ein, dass nur Massnahmen i.S. von Art. 307 ff. ZGB in Betracht fallen³⁶⁴.

Spühler lehnt eine entsprechende Kompetenz des Eheschutzrichters ebenfalls ab. Aufgrund von Art. 156 in Verbindung mit Art. 315a Abs. 1 ZGB sei der Scheidungsrichter befugt und verpflichtet, in den Grenzen des materiellen Rechts selber die durch die Umstände gebotenen Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307 ff. ZGB anzuordnen. Diese Befugnis komme dem für die Ordnung der vorsorglichen Massnahmen nach Art. 145 und der Elternrechte nach Art. 156 im Scheidungs- und Trennungsprozess zuständigen Richter zu, nicht aber dem Eheschutzrichter³⁶⁵.

Das Bundesgericht hat sich wiederholt mit den Kompetenzen des Eheschutzrichters auseinandergesetzt und in einem Fall, wo die Sicherung des Wohnrechts der Ehefrau in dem im Eigentum des Ehemannes stehenden Haus streitig war, wie folgt argumentiert: "Es kann nicht Wille des Gesetzes sein, dass der Richter bei Aufhebung des gemeinsamen Haushalts nach Art. 170 Abs. 1 ZGB sich darauf beschränke, die Beiträge des einen Ehegatten an den Unterhalt des andern nach Abs. 3 daselbst festzusetzen. Er muss auch die weiteren Anordnungen treffen, welche die neue Lage gebieterisch erfordert... Im übrigen kann das Eheschutzverfahren Anlass zu Massnahmen bieten, die zwar ausserhalb des Rahmens dieser Norm selbst stehen, jedoch in andern Bestimmungen des ZGB vorgesehen sind... Der Richter darf solche Massnahmen mit den eigentlichen Eheschutzmassnahmen verbinden, sofern die für jene geltenden besondern Voraussetzungen erfüllt sind und er hiez zu nach kantonalem Recht, sei es ohnehin oder eben in Verbindung mit Eheschutzmassnahmen, ebenfalls zuständig ist"³⁶⁶.

Zusammenfassend fällt auf, dass die meisten Autoren die Unzuständigkeit des Eheschutzrichters für die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen mit der Zuständigkeitsordnung in Art. 315a ZGB begrün-

³⁶⁴ Hegnauer, Kindesrecht 161.

³⁶⁵ Bühler/Spühler Art. 156 N.154.

³⁶⁶ BGE 91 II 417/418.

den. Einzig Gianola analysiert Sinn und Zweck des Besuchsrechts und der Zuteilung der Obhut/elterlichen Gewalt. Sie zeigt die Schwierigkeit auf, diese Massnahmen gegenüber den Kindesschutzmassnahmen im iuristisch-technischen Sinn abzugrenzen. Wir werden später auf dieses Problem zurückkommen³⁶⁷.

b) Neues Recht

Im neuen Recht wird die Stellung des Eheschutzrichters gegenüber den Kindern im Gesetz umschrieben: "Haben die Ehegatten unmündige Kinder, so trifft der Richter nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen" (Art. 176 Abs. 3 ZGB).

Hier stellt sich grundsätzlich die Frage, ob Art. 176 Abs. 3 ZGB eine Erweiterung der Kompetenzen des Eheschutzrichters im Vergleich zum alten Recht beinhaltet, insbesondere, ob der Eheschutzrichter neu Kindesschutzmassnahmen anordnen kann.

Art. 176 Abs. 3 ZGB erteilt dem Richter direkt keine Befugnisse, sondern verweist ihn auf den 8. Titel des ZGB, wo die Wirkungen des Kindesverhältnisses geregelt sind. Dort wird der Eheschutzrichter ausdrücklich als zuständig erklärt, das Besuchsrecht zu regeln (Art. 275 Abs. 2 ZGB), die Unterhaltsbeiträge an das Kind festzusetzen (Art. 279 Abs. 1/3 ZGB) und die elterliche Gewalt zuzuteilen (Art. 297 Abs. 2 ZGB). Diese ausdrücklichen Kompetenzen haben wir früher besprochen³⁶⁸. Die Kompetenzausscheidung zwischen Richter und vormundschaftlichen Behörden bildete nicht Gegenstand der jüngsten Revision unseres Zivilgesetzbuches. Vielmehr wurde Art. 315a ZGB im Rahmen der Revision des Kindesrechts neu formuliert. Art. 315a ZGB schliesst also weiterhin den Eheschutzrichter aus, wenn es um die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen geht. Der Eheschutzrichter kann auch im neuen Recht keine Kindesschutzmassnahmen anordnen.

³⁶⁷ Vgl. § 13 D IV.

³⁶⁸ Vgl. § 13 B II. - IV.

In den Erläuterungen des Entwurfs des Bundesrates wird klargestellt, dass die Kompetenzen des Eheschutzrichters bezüglich der Kinder nicht erweitert worden sind. Der Entwurf besagt, der Eheschutzrichter sei zuständig, von Amtes wegen nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen anzuordnen. Diese Massnahmen betreffen die Zuteilung der elterlichen Gewalt oder Obhut, den persönlichen Verkehr eines Ehegatten mit den Kindern, wenn diese ihm nicht anvertraut sind sowie dessen Beitrag an den Unterhalt... Hingegen könne der Eheschutzrichter - anders als der Scheidungsrichter (Art. 315a ZGB) - keine Kindesschutzmassnahmen treffen. Erachte er solche Massnahmen als notwendig, so habe er die Vormundschaftsbehörde entsprechend zu unterrichten³⁶⁹.

Spühler spricht dem Eheschutzrichter aufgrund von Art. 315a ZGB die Kompetenz zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen ab³⁷⁰.

Abschliessend ist festzuhalten, dass die Unzuständigkeit des Eheschutzrichters zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen im neuen wie im alten Recht mit Art. 315a ZGB begründet wird.

D SITUATION UND BEDÜRFNISSE DES EHESCHUTZRICHTERS IN DER PRAXIS BEI ANORDNUNGEN BETREFFEND UNMÜNDIGER KINDER

I. VORBEMERKUNGEN

Meine Abklärungen bei den Bezirksgerichten Zürich und Winterthur sowie beim Obergericht des Kantons Zürich haben ergeben, dass das Gesetz in Art. 176 Abs. 3 ZGB und insbesondere in Art. 315a Abs. 1 ZGB den Erfordernissen der Praxis nicht gerecht wird. Nachfolgend soll erläutert werden, warum die gesetzliche Grundlage kritisiert wird.

³⁶⁹ Botschaft 88.

³⁷⁰ Spühler, Vortrag HSG.

II. DAS EHESCHUTZVERFAHREN ALS SUMMARISCHES VERFAHREN

Ein summarisches Verfahren zeichnet sich dadurch aus, dass es praktisch und im Unterschied zum ordentlichen Verfahren beschleunigt abgewickelt werden kann. Die Prozessökonomie und der Sachzusammenhang im Prozess werden erschwert, wenn der Eheschutzrichter bei einer Gefährdung des Kindeswohls die Vormundschaftsbehörde ersuchen muss, abzuklären, ob Kindesschutzmassnahmen anzuordnen sind.

In schwierigen Fällen³⁷¹ wird der Eheschutzrichter bei seinen Abklärungen im Zusammenhang mit Massnahmen gegenüber unmündigen Kindern in ähnlicher Weise beansprucht wie der Scheidungsrichter. Die Anstrengungen des Eheschutzrichters, insbesondere seine zeitliche Beanspruchung, übersteigen heute oft das in einem summarischen Verfahren übliche Mass. Die Parteien haben Anspruch darauf, dass man ihren Fall gründlich und subtil behandelt, denn es ist vielleicht ihr erster und einziger Prozess, von dem zudem das Schicksal einer Familie abhängt³⁷². Es ist erstaunlich, dass die Verhandlung bei einer Konventionalscheidung durchschnittlich weniger zeitintensiv ist als eine Eheschutzverhandlung.

Bevor der Eheschutzrichter die Obhut bzw. elterliche Gewalt einem Ehegatten allein zuteilt, werden regelmässig beide Parteien, oft zunächst einzeln, dann gemeinsam angehört. Je nach den Umständen des Falles zieht der Richter speziell ausgebildete Fachleute bei. Im Hinblick auf die bevorstehende Revision des Ehescheidungsrechts befürwortet Hegnauer eine neue gesetzliche Vorschrift, wonach Sachverständige beizuziehen seien, wenn die Eltern oder das Kind psychisch auffällig seien oder zwischen den Eltern oder einem Elternteil und dem Kind unversöhnliche Gegensätze bestünden³⁷³. Als Experten kommen etwa der Hausarzt der Familie oder der Schulpsychologe in Frage³⁷⁴. Ferner

³⁷¹ Schwierig ist ein Fall dann, wenn um die Zuteilung der Obhut bzw. elterlichen Gewalt gestritten wird.

³⁷² Troesch in ZBJV 89/1953, 218.

³⁷³ Hegnauer, Kindeszuteilung 149.

³⁷⁴ Diss. Henkel 214 f. (zum Beizug von Fachleuten).

fordert der Richter oft einen Bericht des Jugendsekretariates an. Schliesslich können zur Klärung des Sachverhaltes spezielle Auskunftspersonen, etwa ältere Geschwister des Kindes, Nachbarn etc. befragt werden³⁷⁵.

Durch die erwähnten Untersuchungshandlungen gewinnt der Eheschutzrichter schliesslich einen fundierten Einblick in das Beziehungsfeld einer Familie. Er wäre m.E. zweifellos in der Lage, auch Kindeschutzmassnahmen gemäss Art. 307 ff. ZGB anzuordnen. Störend wirkt die Ueberweisung des Falles an die Vormundschaftsbehörde insbesondere dort, wo ein Bezirksrichter als Spezialist ausschliesslich das Amt des Eheschutzrichters bekleidet³⁷⁶.

III. DIE VORMUNDSCHAFTLICHEN BEHÖRDEN UND IHRE ZUSTÄNDIGKEIT ZUR ANORDNUNG VON KINDESSCHUTZMASSNAHMEN IM EHESCHUTZVERFAHREN

Leuenberger schreibt, eine Anhörung der Vormundschaftsbehörde empfehle sich für den Eheschutzrichter stets dann, wenn die Vormundschaftsbehörde in der Lage sei, die für die Kinderzuteilung erheblichen Verhältnisse noch näher zu beleuchten. Die Vormundschaftsbehörde besitze oft schon Einblick in die tatsächlichen Verhältnisse oder könne sich ihn doch leicht beschaffen... Von der Anhörung der Vormundschaftsbehörde sollte daher im Eheschutzverfahren schon im Interesse des Kindes viel häufiger Gebrauch gemacht werden, als es heute meistens geschehe³⁷⁷.

Die Bemerkungen von Leuenberger sind für die Verhältnisse im Jahre 1944 charakteristisch. In der Zwischenzeit ist die Anzahl der Eheschutzverfahren enorm angestiegen. Selten besitzt die Vormundschafts-

³⁷⁵ Diss. Henkel 216 ff. (zur Befragung von Auskunftspersonen).

³⁷⁶ Situation an den Bezirksgerichten Zürich, Horgen, Meilen, Uster, Winterthur und Bülach.

³⁷⁷ Diss. Leuenberger 130; gleicher Meinung ist Hegnauer in Kinderzuteilung 148.

behörde schon Einblick in die Verhältnisse einer Familie. Sie kann diesen nicht mehr leichter als der Eheschutzrichter gewinnen.

Ersucht der Eheschutzrichter die Vormundschaftsbehörde, abzuklären, ob Kindesschutzmassnahmen anzuordnen sind, so vergehen bis zu ihrem Entscheid nicht selten Monate. Dieser Zustand ist insofern bedenklich, als es regelmässig um eine Gefährdung des Kindeswohls geht und die Zeitspanne bis zum definitiven Entscheid der Vormundschaftsbehörde auch für die Eltern sehr belastend sein kann. Die Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich scheint überlastet zu sein. Sie kann ihren Auftrag bezüglich der Anordnung von Kindesschutzmassnahmen im eherechtlichen Verfahren nicht mehr zeitgerecht erfüllen. Auf dem Land fehlt der Vormundschaftsbehörde oft die nötige Erfahrung im Eltern- bzw. Kindesrecht.

Aus Gründen der Prozessökonomie wäre eine umfassende Kompetenz des Eheschutzrichters bei Kindesschutzmassnahmen zu begrüssen. Die Vormundschaftsbehörde könnte gleichzeitig entlastet werden.

IV. DIE PROBLEMATIK DER ABGRENZUNG DER KINDESSCHUTZMASSNAHMEN GEGENÜBER DEN MASSNAHMEN DES EHESCHUTZRICHTERS IM RAHMEN VON ART. 176 ABS. 3 ZGB

1. Die Qualifikation der Regelung des Besuchsrechts als Kindesschutzmassnahme

Kindesschutzmassnahmen sind nur dann anzuordnen, wenn das Kindeswohl objektiv gefährdet ist und der Gefährdung nicht auf eine andere Weise als durch eine behördliche Massnahme begegnet werden kann³⁷⁸.

Verlässt ein Elternteil die Familiengemeinschaft während längerer Zeit, so entsteht eine Gefährdung des Kindes, da sein Wohl die Anwesenheit von Vater und Mutter erfordert. Das Besuchsrecht begrenzt

³⁷⁸ Vgl. § 13 C II.

diese Gefährdung, indem es einen minimalen Kontakt zu demjenigen Elternteil garantiert, dem die Obhut bzw. elterliche Gewalt entzogen worden ist. Beide Elternteile sind verpflichtet, das Besuchsrecht nur soweit und derart auszuüben, als es dem Kindeswohl nicht schadet.

Somit hat die Regelung des Besuchsrechts Eigenschaften einer Kindesschutzmassnahme. Sie ist den Kindesschutzmassnahmen in Art. 307 ff. ZGB gleichzustellen³⁷⁹.

2. Die Qualifikation der Zuteilung der elterlichen Gewalt als Kindesschutzmassnahme

Im Rahmen eines Rekursentscheides des Zürcher Obergerichtes wurde die Vormundschaftsbehörde als nicht berechtigt erklärt, nach dem Tod des im Scheidungsurteil bezeichneten Inhabers der elterlichen Gewalt diese dem überlebenden Ehegatten zuzuteilen³⁸⁰. Hegnauer hingegen bejahte eine entsprechende Kompetenz der Vormundschaftsbehörde und charakterisierte u.a. die Zuteilung der elterlichen Gewalt wie folgt:

"Zu beachten ist sodann der innere Zusammenhang zwischen Kindeszuweisung nach Art. 156 ZGB und Entziehung der elterlichen Gewalt nach Art. 311/312 ZGB. Der Richter hat die elterliche Gewalt nach Art. 156 Abs. 1 ZGB einem Elternteil zuzuteilen, weil sie von den geschiedenen Ehegatten nicht mehr gemeinsam ausgeübt werden kann. Die Zuteilung will dem Kind eine einheitliche, von Konflikten der entzweiten Eltern unbelastete Ausübung der elterlichen Gewalt sichern. Sie dient damit dem Schutz des Kindes und wird auch von dessen Interessen allein bestimmt. Insofern erscheint sie, wenn auch nicht formell, so doch materiell als Kindesschutzmassnahme"³⁸¹. "Aufgrund der Botschaft und deren Aufnahme in den eidgenössischen Räten steht fest, dass bei Erlass des Gesetzes die Kinderzuteilung durch den Scheidungsrichter als Kindesschutzmassnahme verstanden wurde, die von den vormund-

³⁷⁹ Diss. Gianola 71.

³⁸⁰ ZVW 1980, 26 ff.

³⁸¹ Hegnauer in ZVW 1981, 17.

schaftlichen Behörden geändert werden darf, wenn dadurch die Stellung des anderen Ehegatten nicht berührt wird"³⁸².

Mit derselben Begründung muss dann auch die Möglichkeit des Eheschutzrichters, die elterliche Gewalt einem Elternteil allein zuzuteilen, als Kindesschutzmassnahme angesehen werden. Gianola kommt zum gleichen Ergebnis wie Hegnauer, wobei ihre Argumentation teilweise abweicht³⁸³.

3. Die Qualifikation der Zuweisung der Obhut

Das Obergericht qualifiziert die Zuweisung der Obhut nicht als Kindesschutzmassnahme mit der Begründung, Art. 310 ZGB räume der Vormundschaftsbehörde lediglich das Recht ein, beiden Eltern die Obhut über das Kind zu entziehen und es stattdessen an einem Pflegeort unterzubringen³⁸⁴. Die Zuweisung der Obhut an einen Elternteil liege dagegen nicht im Kompetenzbereich der für Kindesschutzmassnahmen zuständigen Behörde³⁸⁵.

Dieser Auffassung kann m.E. nicht gefolgt werden. Richtigerweise ist vom Zweck der Massnahme der Obhutszuteilung auszugehen. Dieser besteht darin, dem Kinde eine unbelastete, von Streitereien der Eltern ungetrübte Atmosphäre zu sichern. Ferner besteht wie bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt ein innerer Zusammenhang zwischen der Zuteilung (Art. 297 Abs. 2 ZGB) und der Aufhebung der Obhut (Art. 310 ZGB).

Der Verlust der Obhut eines Elternteils ist als Reflexwirkung der Zuteilung der Obhut an den andern Elternteil zu verstehen³⁸⁶.

³⁸² Hegnauer in ZVW 1981, 19.

³⁸³ Diss. Gianola 35.

³⁸⁴ Vgl. § 13 C III. 3.

³⁸⁵ ZR 79/1980 Nr. 112.

³⁸⁶ Hegnauer in ZVW 1981, 18.

Aus den erwähnten Ueberlegungen ist die Zuweisung der Obhut als Kindesschutzmassnahme zu qualifizieren.

4. Schlussfolgerung

Die Qualifikation der ausdrücklichen Kompetenzen des Eheschutzrichters im Kindesrecht als Kindesschutzmassnahmen macht eine Abgrenzung dieser Massnahmen gegenüber den Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 ff. ZGB unmöglich. Aus dieser Sicht erscheint dann Art. 315a ZGB als verunglückte Gesetzesnorm, welche den Eheschutzrichter zu Unrecht nicht erwähnt und ihn damit unzuständig erklärt, Kindesschutzmassnahmen anzuordnen.

V. DIE GESETZLICHE REGELUNG IN ART. 315A ZGB

Die Entstehungsgeschichte des Art. 315a ZGB ist interessant und wurde durch unterschiedliche Vorentwürfe zum Kindesrecht geprägt. In den Vorentwürfen II - V lautete der heutige Art. 315a ZGB wie folgt:

VE II³⁸⁷: Erweisen sich in einem eherechtlichen Verfahren bei Regelung der Obhut, der elterlichen Gewalt, des persönlichen Verkehrs oder der Unterhaltungspflicht oder bei Aenderung solcher Anordnungen Kindesschutzmassnahmen als notwendig, so...

VE III³⁸⁸: Zeigt sich bei Scheidung oder Trennung der Eltern oder bei Anordnung vorsorglicher Massnahmen während eines solchen Prozesses, dass Massnahmen zum Schutze des Kindes nötig sind, so...

VE IV³⁸⁹: Hat der Richter nach den Bestimmungen des Eherechts die Elternrechte und die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten oder zu ändern, so...

VE V³⁹⁰: Hat der Richter nach den Bestimmungen über die Ehescheidung die Elternrechte und die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten, so...

³⁸⁷ VE II vom 8. Oktober 1971, Art. 289 Abs. 1 ZGB.

³⁸⁸ VE III vom 22. Februar 1972, Art. 289 Abs. 1 ZGB.

³⁸⁹ VE IV vom 5. Oktober 1972, Art. 289 Abs. 1 ZGB.

³⁹⁰ VE V vom 9. Juli 1973, Art. 316 Abs. 1 ZGB.

Der Gesetzgeber war offensichtlich unsicher, ob er den Eheschutzrichter mit einer Generalklausel (VE II, IV) als zuständig oder mit einer abschliessenden Aufzählung (VE III, V) als unzuständig erklären wollte, Kindesschutzmassnahmen anzuordnen. M.E. mutet es wie ein Zufall an, wenn VE V nur den Richter nach den Bestimmungen über die Ehescheidung erwähnt.

In der Praxis ist Art. 315a ZGB umstritten³⁹¹. Die konkreten Bedürfnisse des Eheschutzrichters erfordern eine andere gesetzliche Regelung. Die Diskrepanz zwischen den tatsächlichen Verhältnissen, wie wir sie dargestellt haben³⁹², und dem Gesetz führte dazu, dass einzelne Eheschutzrichter in Umgehung von Art. 315a ZGB Kindesschutzmassnahmen anordnen. Dabei handelte es sich vor allem um Massnahmen i.S. von Art. 307 und 308 ZGB.

E AENDERUNGSVORSCHLAG ZUM NEUEN ART. 176 ABS. 3 ZGB

Die Formulierung des Art. 176 Abs. 3 ZGB verleitet ohne nähere Prüfung zur Annahme, dass die Stellung des Eheschutzrichters gegenüber den Kindern im Vergleich zum alten Recht geändert hat und seine Kompetenzen erweitert worden sind³⁹³. Wir haben gesehen, dass der Richter auch im neuen Recht keine Kindesschutzmassnahmen i.S. von Art. 307 ff. ZGB anordnen kann³⁹⁴. Dies wird aus der Sicht von Praktikern m.E. zu Recht bedauert.

Um den Erfordernissen der Praxis zu genügen und eine klare gesetzliche Grundlage zu gewährleisten, müsste m.E. Art. 176 Abs.3 ZGB wie folgt ergänzt werden: "Haben die Ehegatten unmündige Kinder, so trifft der Richter nach den Bestimmungen über die Wirkungen des

³⁹¹ Jedenfalls am Bezirksgericht Zürich und am Obergericht des Kantons Zürich.

³⁹² Vgl. § 13 D II. und III.

³⁹³ Einzelne Juristen bejahten die Kompetenz des Eheschutzrichters zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen.

³⁹⁴ Vgl. § 13 C IV. 2. b).

Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen" (Botschaft). "Er kann insbesondere Kindeschutzmassnahmen anordnen, wobei er nötigenfalls Sachverständige beizieht" (Ergänzungsvorschlag).

Mit einer solchen Ergänzung des Gesetzestexts würde der Eheschutzrichter dem Ehescheidungsrichter gleichgestellt. Die Vormundschaftsbehörde könnte entsprechend entlastet werden, wobei sie immer noch die Funktion einer sachverständigen Behörde hätte. Das Amt des Eheschutzrichters würde durch die Kompetenzerweiterung aufgewertet.

§ 14 DIE ANWEISUNG AN DIE SCHULDNER

A VERGLEICH ZWISCHEN DEM ALTEN UND DEM NEUEN RECHT

Im neuen Recht wird mit Art. 177 ZGB grundsätzlich die gesetzliche Regelung des alten Rechts übernommen, welche sich in der Praxis bewährt hat³⁹⁵. Die Verantwortung beider Ehegatten für den Unterhalt der Familie gemäss Art. 163 ZGB bewirkt, dass jeder Ehegatte bei Verletzung der Unterhaltspflicht durch den anderen beim Eheschutzrichter eine Anweisung verlangen kann. Im Unterschied zum alten Recht, wo nur die Gerichtspraxis dem Ehemann erlaubte, eine Anweisung an die Schuldner der Ehefrau zu verlangen, können neuerdings beide Ehegatten gestützt auf Art. 177 ZGB eine Anweisung durchsetzen. Neu kann die Nichterfüllung der Unterhaltspflicht auch darin bestehen, dass der Anspruch des haushaltführenden Ehegatten verletzt wird. Die praktischen Anwendungsmöglichkeiten von Art. 177 sind dadurch erweitert worden.

³⁹⁵ Botschaft 89; Spühler, Vortrag HSG.

B VORAUSSETZUNGEN DER ANWEISUNG

Der Begriff "Sorge für Weib und Kind" in Art. 171 ZGB des alten Rechts wird sprachlich verbessert als "Unterhaltspflicht gegenüber der Familie" ins neue Recht übernommen. Die Nichterfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber der Familie ist die zentrale Voraussetzung für eine Massnahme des Eheschutzrichters gemäss Art. 177 ZGB. Während des Zusammenlebens der Ehegatten werden an die Erfüllung der Unterhaltspflicht andere Anforderungen gestellt als bei Getrenntleben³⁹⁶.

Die Nichterfüllung der Unterhaltspflicht kann zunächst darin bestehen, dass der haushaltführende Ehegatte keinen Betrag zur freien Verfügung erhält. Der Anspruch des haushaltführenden Ehegatten gehört von Gesetzes wegen zum Unterhalt der Familie. Art. 177 schützt den Anspruch des haushaltführenden Ehegatten und gibt diesem mit der Anweisung ein einfaches prozessuales Mittel zur Erreichung der finanziellen Gleichstellung mit dem erwerbstätigen Ehegatten in die Hand. Dann wird die Unterhaltspflicht auch verletzt, wenn der Unterhalt für die Kinder vernachlässigt wird. Insofern deckt Art. 177 ZGB den Art. 291 ZGB³⁹⁷.

C WIRKUNGEN DER ANWEISUNG

Die Ausführungen zum alten Recht gelten weiterhin³⁹⁸. Eine Anweisung des Eheschutzrichters kann nur vollzogen werden, soweit die Forderung des Ehegatten nicht bereits abgetreten oder gepfändet ist³⁹⁹.

³⁹⁶ Vgl. § 9 B II./III. (Bemessung des Unterhalts während des Zusammenlebens); vgl. § 4 C II. 4. (Bemessung des Unterhalts bei Auflösung des gemeinsamen Haushalts).

³⁹⁷ Botschaft 91.

³⁹⁸ Vgl. § 5 D.

³⁹⁹ Botschaft 90.

§ 15 BESCHRÄNKUNG DER VERFÜGUNGSBEFUGNIS

A VERGLEICH ZWISCHEN DEM ALTEN UND DEM NEUEN RECHT

Die Beschränkung der Verfügungsbefugnis eines Ehegatten ist im Eheschutzrecht neu. Dieses Rechtsinstitut ist jedoch der Praxis im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen während des Ehescheidungsprozesses bestens bekannt. M.E. drängt sich ein Vergleich zwischen der neuen Gesetzesbestimmung im Eheschutzrecht und der Handhabung des Rechtsinstituts im Ehescheidungsrecht auf. Der Eheschutzrichter darf nur die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen treffen. Ueberdies sind die Voraussetzungen für die Anordnung einer Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 178 ZGB streng. Der für vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsprozesses zuständige Richter darf nach freiem Ermessen die nötigen vorsorglichen Massnahmen treffen (Art. 145 ZGB). Gewisse Schranken hat das Bundesgericht gesetzt.

B ENTSTEHUNGSGESCHICHTE VON ART. 178 ZGB

Art. 178 ZGB (Beschränkung der Verfügungsbefugnis) muss in enger Verbindung zu Art. 169 ZGB (Wohnung der Familie) gesehen werden. Beide Gesetzesartikel waren in den eidgenössischen Räten äusserst umstritten. Der Nationalrat wollte durch Art. 169 ZGB die Wohnung bzw. das Haus der Familie von Gesetzes wegen schützen⁴⁰⁰. Der Ständerat hingegen strebte einen Schutz erst im Eheschutzverfahren an, indem er Art. 169 ZGB streichen und Art. 178 ZGB wie folgt ergänzen wollte: ...die Verfügung über bestimmte Vermögenswerte, namentlich über das Haus oder die Wohnung der Familie, von dessen Zustimmung abhängig machen⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Amtl.Bull.NR 1983, 652 ff.

⁴⁰¹ Amtl.Bull.SR 1981, 84 ff.

Die Befürworter eines gesetzlichen Schutzes der Wohnung der Familie führten ins Feld, Art. 159 Abs. 2 ZGB gebiete ein Zusammenwirken der Ehegatten, Art. 169 ZGB verbiete ein eigenmächtiges Vorgehen bei der Kündigung der Wohnung oder der Veräusserung eines Hauses⁴⁰². Natürlich könne, wenn Gefahr drohe, in Zukunft gemäss Art. 178 ZGB der Richter angerufen werden. Aber das sei ein untauglicher Lösungsvorschlag. Sehr oft werde die Gefahr überhaupt nicht erkannt, dass ein Ehegatte das Wohnhaus verkaufen oder den Mietvertrag kündigen wolle. Dann komme auch der Richter immer zu spät⁴⁰³. Die Erschwernisse im Rechtsverkehr seien gegen das Schutzbedürfnis der Familie abzuwägen. Ergebnis dieser Abwägung sei, dass das Schutzbedürfnis der Familie vorgehe⁴⁰⁴.

Die Befürworter eines eheschutzrichterlichen Schutzes der Wohnung der Familie plädierten dafür, Art. 169 ZGB zu streichen und Art. 178 entsprechend zu ergänzen. Sie glaubten, Art. 169 ZGB bewirke eine Verkomplizierung des Rechtsverkehrs⁴⁰⁵ und führe zu einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit des verheirateten Menschen⁴⁰⁶. Natürlich müsse das Einverständnis beider Ehegatten vorliegen, wenn ein Mietvertrag gekündigt oder ein Haus gekauft werde. Nur dürfe für normale Ehen und Familien dieses Einverständnis vorausgesetzt werden. Für Ausnahmefälle -hoffentlich könnten die nicht gesunden Ehen doch noch als Ausnahmefälle qualifiziert werden- bestehe nach Art. 178 ZGB die Eingriffsmöglichkeit des Richters⁴⁰⁷.

Das Differenzbereinigungsverfahren zwischen den beiden eidgenössischen Räten führte zum Schutz der Wohnung von Gesetzes wegen und damit zur Annahme des Vorschlags des Bundesrates. Dieser führte aus: "Eine Wohnung zu haben, ist für die Familie lebenswichtig. Es

⁴⁰² Amtl.Bull.NR 655 (Gerwig).

⁴⁰³ Amtl.Bull.SR 85 (Binder); Amtl.Bull.NR 655 (Gerwig); Amtl.Bull.SR 87 (Furgler).

⁴⁰⁴ Amtl.Bull.NR 656 (Friedrich).

⁴⁰⁵ Amtl.Bull.NR 654 (Fischer); Amtl.Bull.SR 84 (Dillier).

⁴⁰⁶ Amtl.Bull.SR 86 (Hänsenberger).

⁴⁰⁷ Amtl.Bull.SR 85 (Cavelty); Amtl.Bull.NR 652 (Lüchinger).

muss daher verhindert werden, dass namentlich bei Spannungen oder aus Unbesonnenheit der Ehegatte, der die Rechte an der Wohnung innehat, einseitig darüber verfügen kann, indem er beispielsweise den Mietvertrag kündigt oder das Einfamilienhaus oder die Eigentumswohnung verkauft. Richterliche Interventionen nach Art. 178 ZGB kämen in solchen Fällen oft zu spät"⁴⁰⁸.

C VORAUSSETZUNGEN DER BESCHRÄNKUNG DER VERFÜGUNGS- BEFUGNIS

I. GEFÄHRDUNG DER WIRTSCHAFTLICHEN GRUNDLAGE DER FAMILIE

In Ehekrisen kommt es häufig vor, dass ein Ehegatte emotionell handelt und versucht, dem andern Schaden zuzufügen, indem er Wohnungsgegenstände verkauft, verschwenderische Geschenke macht, ein Grundstück veräussert oder es unvernünftig hoch belastet⁴⁰⁹. Diese böswilligen Handlungen eines Ehegatten können die wirtschaftliche Grundlage der Familie gefährden. Die eheliche Wohnung bildet die wichtigste wirtschaftliche Grundlage einer Familie. Besteht Gefahr, dass ein Ehegatte den Mietvertrag ohne Einverständnis des anderen kündigt, so kann der Eheschutzrichter auf Begehren eine Verfügungsbeschränkung anordnen.

II. GEFAHR DER NICHTERFÜLLUNG EINER VERMÖGENSRECHTLICHEN VERPFLICHTUNG AUS DER EHELICHEN GEMEINSCHAFT

Vermögensrechtliche Verpflichtungen ergeben sich aus den allgemeinen Wirkungen der Ehe (Art. 163-165 ZGB) oder aus dem Güterrecht (Art. 205 ff. für den ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung). Die vermögensrechtliche Verpflichtung muss sich aus der

⁴⁰⁸ Botschaft 73.

⁴⁰⁹ Botschaft 91.

ehelichen Gemeinschaft ergeben. Art. 178 Abs. 1 ZGB ist nicht auf die Regelung anderer finanzieller Interessen unter Ehegatten, beispielsweise aus einem Werk- oder Gesellschaftsvertrag zugeschnitten⁴¹⁰.

III. ART. 178 ZGB ALS "ULTIMA RATIO"

Keine andere Eheschutzmassnahme bewirkt einen so krassen Eingriff in die Freiheit des betroffenen Ehegatten wie die Beschränkung der Verfügungsbefugnis. M.E. darf der Eheschutzrichter eine Massnahme nach Art. 178 ZGB nur anordnen, wenn sie adäquat zur ehelichen Pflichtverletzung des betroffenen Ehegatten ist und andere Massnahmen zum vornherein nicht in Frage kommen oder sich als nutzlos erwiesen haben. Das Verhältnismässigkeitsprinzip kommt durch die Formulierung "soweit erfordert" und "geeignete Massnahmen" zum Ausdruck und ist vom Eheschutzrichter strikte zu beachten⁴¹¹. Er hat die Vermögenswerte, auf welche sich die Verfügungsbeschränkung bezieht, genau zu bezeichnen. Eine zeitliche Begrenzung der Massnahme ist möglich⁴¹².

IV. BEGEHREN

Der Eheschutzrichter ordnet eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis nur auf Begehren eines Ehegatten an. Er ist da im Konfliktfall, wenn sich eine eheliche Gemeinschaft in der Krise befindet. Eine Intervention des Richters von Amtes wegen ist nicht möglich.

⁴¹⁰ Botschaft 92.

⁴¹¹ Bühler/Spühler Art. 145 N.363: Die Gestaltung einer Sicherungsmassregel hat den Interessen beider Parteien und den Umständen des konkreten Einzelfalles Rechnung zu tragen.

⁴¹² Botschaft 92.

V. DIE VORAUSSETZUNGEN DER BESCHRÄNKUNG DER VERFÜGUNGSBEFUGNIS IM EHESCHUTZVERFAHREN IM VERGLEICH ZUM VERFAHREN BETREFFEND VORSORGLICHE MASSNAHMEN IM EHESCHEIDUNGSPROZESS

Der Eheschutzrichter kann eine Verfügungsbeschränkung anordnen, soweit es die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung aus der ehelichen Gemeinschaft erfordert (Art. 178 ZGB). Der für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Ehescheidungsprozess zuständige Richter trifft die nötigen vorsorglichen Massnahmen, namentlich in bezug auf die güterrechtlichen Verhältnisse (Art. 145 ZGB). Denkbar ist die Anordnung einer Verfügungsbeschränkung⁴¹³.

Währenddem die Anordnung einer Verfügungsbeschränkung im Eheschutzverfahren an strenge Voraussetzungen gebunden ist und als "ultima ratio" erscheint, ist der Massnahmenrichter im Ehescheidungsrecht befugt, alle ihm nötig erscheinenden Massnahmen zu treffen, wobei die Verfügungsbeschränkung in der Praxis häufig vorkommt und nicht als besonders harte Massnahme gilt.

D DIE SICHERNDEN MASSNAHMEN

Gemäss Art. 178 Abs. 2 ZGB trifft der Richter die geeigneten sichernden Massnahmen. Der Eheschutzrichter hat Massnahmen zu treffen, um die Wirksamkeit der verfügten Beschränkung zu sichern. Eine umfangreiche Rechtsprechung des Obergerichtes des Kantons Zürich zu Art. 145 ZGB hat eine Anzahl sichernder Massnahmen als zulässig erklärt⁴¹⁴. Der Praxis äusserst geläufig sind etwa die Hinterlegung beweglicher Sachen mit Sperrvermerk beim Gericht, einer Bank oder einem vertrauenswürdigen Dritten, die Beschlagnahme anderer Vermögenswerte und die Grundbuchsperre⁴¹⁵. Die Rechtsprechung zu Art. 145 ZGB wird für den Eheschutzrichter bei Massnahmen gemäss Art. 178

⁴¹³ Bühler/Spühler Art. 145 N.367.

⁴¹⁴ Bühler/Spühler Art. 145 N.357-362.

⁴¹⁵ Vgl. § 15 E.

Abs. 2 ZGB bindend sein. Abgesehen vom Rechtsinstitut der Grundbuchsperrung wird auf eine ausführliche Darstellung der sichernden Massnahmen verzichtet. Diese sind aus dem Ehescheidungsrecht weitgehend bekannt. Wichtiger erscheint mir, die neue Kompetenz des Eheschutzrichters in Art. 178 Abs. 3 ZGB näher zu beleuchten.

E DIE GRUNDBUCHSPERRE

I. VORBEMERKUNGEN

In Lehre und Rechtsprechung ist die Anwendbarkeit der Grundbuchsperrung als vorsorgliche Massnahme im Ehescheidungsprozess umstritten⁴¹⁶.

Die Grundbuchsperrung im Eheschutzverfahren wird von der bisherigen Rechtsprechung als unzulässig bezeichnet.

Die nachfolgenden Ausführungen gehen vom Begriff der Grundbuchsperrung aus⁴¹⁷. Dann soll die Entwicklung der Rechtsprechung des Obergerichtes des Kantons Zürich und des Bundesgerichtes bezüglich der Zulässigkeit der Grundbuchsperrung im Ehescheidungsprozess dargestellt werden⁴¹⁸. Abschliessend wird die Problematik im alten und neuen Eheschutzrecht erläutert⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Hochuli in ZBGR 48/1967, 145/146; Riemer in ZBGR 57/1976, 72 ff.

⁴¹⁷ Vgl. § 15 E II.

⁴¹⁸ Vgl. § 15 E III.

⁴¹⁹ Vgl. § 15 E IV.

II. DER BEGRIFF

Als Grundbuchsperrung wird im allgemeinen eine unmittelbar an das Grundbuchamt gehende richterliche Anweisung verstanden, auf einem bestimmten Hauptbuchblatt bis auf weiteres oder während bestimmter Zeit oder bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses überhaupt keine Eintragung vorzunehmen (sog. Kanzleisperrung) oder eine einzelne Anmeldung oder Anmeldungen bestimmter Art nicht durch Eintragung in das Hauptbuch zu vollziehen⁴²⁰.

III. DIE GRUNDBUCHSPERRUNG IM EHESCHIEDUNGSPROZESS

1. Die Gerichtspraxis im Kanton Zürich

Gemäss langjähriger und konstanter Praxis des Obergerichtes des Kantons Zürich wird die Grundbuchsperrung zur Sicherstellung güterrechtlicher Geldforderungen der Ehefrau im Ehescheidungsprozess zugelassen⁴²¹. Die Zulässigkeit der Grundbuchsperrung muss sich aus dem Bundesrecht ergeben. Unerheblich ist, ob das kantonale Prozessrecht das Institut kennt oder nicht, da es nicht allen kantonalen Rechten bekannt ist und der Inhalt der nach Art. 145 ZGB möglichen vorsorglichen Massnahmen nicht von der Gestaltung des kantonalrechtlichen Zivilprozessrechts abhängen kann⁴²². Gesetzliche Grundlage zum Erlass einer Grundbuchsperrung als Sicherungsmassnahme für Güterrechtsforderungen kann auf der Ebene des Bundeszivilrechts allein Art. 145 ZGB sein. Die Wirkungen der angeordneten Grundbuchsperrung bleiben allerdings auch bei der Abstützung auf Art. 145 ZGB die gleichen wie nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB⁴²³. Zu beachten ist, dass die Sicherung

⁴²⁰ BGE 91 II 418/419.

⁴²¹ Riener in ZBGR 57/1976, 72: aus den unter Anmerkung 35 zitierten Gerichtsentscheiden vgl. insbesondere ZR 70/1971 Nr. 44 in Verbindung mit ZR 69/1970 Nr. 135 S. 361/362.

⁴²² Bühler/Spühler Art. 145 N.373.

⁴²³ ZBGR 64/1983, 8.

von Unterhaltsbeiträgen nicht durch eine Grundbuchsperrung möglich ist⁴²⁴.

2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat im Jahre 1961 die Grundbuchsperrung im Ergebnis als zulässig erklärt mit folgender Argumentation: "Ob zum Schutz eines streitigen Anspruchs aufgrund des kantonalen Prozessrechts eine teilweise Grundbuchsperrung angeordnet werden könne - was über die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 ZGB und deren Wirkungen nach dessen Abs. 2 hinausgeht - braucht hier nicht in umfassender Weise geprüft zu werden. Hervorzuheben ist, dass eine solche Sperrung sich mit der Rechtsnatur und dem Zweck des Grundbuches durchaus verträgt. Das Bundesrecht kennt denn auch selbst Eintragungsverbote"⁴²⁵.

Im Jahre 1965 hat das Bundesgericht die Frage der Zulässigkeit einer Grundbuchsperrung ausdrücklich offen gelassen: "...und es ist hier auch nicht zu entscheiden, ob aufgrund von Art. 145 ZGB ohne Rücksicht auf die der Arrestnahme durch Art. 271 SchKG gezogenen Schranken eine Verfügungsbeschränkung oder sogar eine Grundbuchsperrung zur Sicherung fälliger oder erst in Zukunft fällig werdender Geldforderungen verfügt werden dürfe... Die umstrittene Frage sodann, ob sich aus Art. 145 ZGB für die Dauer eines Scheidungsprozesses Sicherungsansprüche besonderer Art herleiten lassen, ist hier nicht zu erörtern"⁴²⁶.

Das Bundesgericht entschied 1977, die Grundbuchsperrung erweise sich als eine Massnahme des kantonalen Prozessrechts und nicht des Bundesprivatrechts, wenn sie die Verfügung über ein subjektives Recht während der Prozessdauer verunmöglichen und so die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes gewährleisten solle. Die Frage, ob es den Kantonen zustehe, die Grundbuchsperrung als Mittel zur Aufrecht-

⁴²⁴ ZR 57/1958 Nr. 101 S. 245; Riener in ZBGR 57/1976, 72.

⁴²⁵ BGE 87 I 488.

⁴²⁶ BGE 91 II 422/423.

erhaltung des bestehenden Zustandes vorzusehen, wurde zwar vom Bundesgericht aufgeworfen, blieb aber wie im Jahre 1965 bewusst unbeantwortet⁴²⁷.

Im Jahre 1982 fällte das Bundesgericht einen interessanten Entscheid, der die offenen Fragen teilweise beantwortete⁴²⁸. Es führte aus, die Anordnung einer Grundbuchsperrre zur Sicherung güterrechtlicher Ansprüche der Ehefrau sei bundesrechtswidrig. Dem Bundesrecht sei die Grundbuchsperrre nur in einigen durch Spezialvorschriften geregelten Fällen bekannt. Von diesen Spezialfällen abgesehen, gewähre das Bundesrecht einem Dritten einen Schutz gegen grundbuchliche Verfügungen nur in der Form der Vormerkung gemäss Art. 959-961 ZGB. Die Frage der Zulässigkeit der Grundbuchsperrre auf kantonaler Ebene wurde nur insofern bejaht, als das Prozessrecht des betreffenden Kantons vorsorgliche Massnahmen zum Schutz des bestehenden Zustands vor Veränderungen während des Prozesses vorsieht. Das Gericht wies u.a. darauf hin, dass der Scheidungsrichter gewisse - bewegliche wie unbewegliche - Vermögenswerte eines Ehegatten der freien Verfügung durch vorsorgliche Massnahmen entziehen dürfe, vorausgesetzt, diese Massnahmen hätten nicht den Schutz des andern Ehegatten zum Ziel, sondern würden vom Verfahren, das Sache der Kantone sei, gefordert⁴²⁹. Die Grundbuchsperrre nach kantonalem Recht wolle somit verhindern, dass sich der gegebene tatsächliche Zustand verändere, bevor Art. 271 ff. SchKG und 959-961 ZGB wirksam werden könnten. Sie gehöre zu den Verfahrensvorschriften, die nötig seien zur Feststellung eines Anspruches ohne direkte Beziehung zu einem Grundstück, eines existierenden und bestimmbaren, aber noch nicht bestimmten Anspruches, nämlich der Frauengutsforderung der Ehefrau und ihres Vorschlaganteils⁴³⁰.

⁴²⁷ BGE 103 II 5/6.

⁴²⁸ BGE 108 II 509 ff. = Pr 72/1983 Nr. 116.

⁴²⁹ Pr 72/1983, 316.

⁴³⁰ Pr 72/1983, 317.

3. Schlussbemerkungen

Das Obergericht des Kantons Zürich sieht die Grundbuchsperrre zur Sicherstellung güterrechtlicher Geldforderungen im Ehescheidungsprozess als eine Massnahme kraft Bundesrecht (Art. 145 ZGB), das Bundesgericht als eine Massnahme gestützt auf kantonales Prozessrecht. Die Bedenken und die Einschränkungen des Bundesgerichtes bezüglich der Handhabung der Grundbuchsperrre sind bis heute geblieben, obwohl schon früh Kritik dagegen erhoben wurde⁴³¹. Die Revision des Ehescheidungsrechts wird hoffentlich eine klare Regelung beinhalten und die Rechtsunsicherheiten im Zusammenhang mit der Grundbuchsperrre für Richter und Bürger beseitigen⁴³².

IV. DIE GRUNDBUCHSPERRRE IM EHESCHUTZVERFAHREN

1. Die Rechtslage im alten Recht

Die Rechtsentwicklung im Eheschutzrecht wurde geprägt durch einen Entscheid des Bundesgerichtes aus dem Jahre 1965⁴³³. In einem Eheschutzverfahren wurde zur Sicherung des Nutzungsrechts der ehelichen Wohnung durch Frau und Kinder eine Grundbuchsperrre bezüglich des im Eigentum des Ehemannes stehenden Hauses ausgesprochen. Das Obergericht des Kantons Zürich wies einen Rekurs des Ehemannes ab mit der Begründung, die Ehefrau sei in ihrem Wohnungsbesitz durch das Vorhaben des Ehemannes, über die Liegenschaft zu verfügen, gestört worden. Gegen eine solche Gefährdung seien richterliche Schutzmassnahmen zulässig, insbesondere könne eine Grundbuchsperrre verhängt werden. Voraussetzung hiefür sei die Glaubhaftmachung einer Gefährdung oder eines widerrechtlichen Eingriffes. Die Gefahr eines Hausverkaufs sei im vorliegenden Fall hinreichend glaubhaft gemacht⁴³⁴.

⁴³¹ ZR 57/1958, 248 ff. (Anmerkung Ke zu den Entscheiden Nr. 101 und 102).

⁴³² Riemer in ZBGR 57/1976, 80.

⁴³³ BGE 91 II 412 ff.

⁴³⁴ ZR 65/1966 Nr. 97 S. 199.

Das Bundesgericht konnte dieser Auffassung nicht folgen und hiess die Nichtigkeitsbeschwerde des Ehemannes gut. Es führte im wesentlichen an, die zürcherische Praxis habe bisher die Zulässigkeit einer Grundbuchsperrre zur Sicherung von Eheschutzmassnahmen als ausserhalb der Schranken des Art. 169 Abs. 2 ZGB liegend abgelehnt. Der Ehefrau sei lediglich ein persönliches Recht auf Nutzung und Benutzung der dem Ehemann gehörenden Wohnliegenschaft eingeräumt worden. Ein Anspruch auf Unterlassung jeglicher Verfügung des Eigentümers wie Verkauf, Dienstbarkeitseinräumung oder Grundpfandbelastung stehe ihr nicht zu. Das dem Ehescheidungsrichter nach Art. 145 ZGB zustehende freie Ermessen gelte nicht im Bereich des Eheschutzes. Der Eheschutz solle gerade auch dazu dienen, einen endgültigen Bruch zwischen den Ehegatten zu vermeiden. Das richterliche Eingreifen sei eben deshalb durch Art. 169 Abs. 2 ZGB auf die zum Schutz der Gemeinschaft erforderlichen, im Gesetz vorgesehenen Massnahmen beschränkt. Darin sei kein Raum für die Sicherung eines persönlichen Nutzungs- und Benutzungsrechts an einem Grundstück durch Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung oder durch eine Grundbuchsperrre⁴³⁵.

Das Obergericht machte umgehend von der ihm vom Bundesgericht nahegelegten Sicherungsmöglichkeit Gebrauch, das Nutzungsrecht der Ehefrau als vormerkbar zu erklären⁴³⁶.

Im Jahre 1982 änderte das Obergericht seine Praxis und erklärte die Vormerkung des Nutzungsrechts der Ehefrau an der ehelichen Liegenschaft im Grundbuch zumindest dann als unzulässig, wenn es sich dabei um ein Einfamilienhaus handelt. Aus der Begründung ist zu entnehmen, dass der Vormerkung des Nutzungsrechts faktisch eine einer absoluten Verfügungsbeschränkung sehr ähnliche Wirkung zukomme, da es sich bei der Wohnliegenschaft des Ehemannes um ein Einfamilienhaus handle. Eine derart belastete Liegenschaft zu verkaufen, dürfe sich als unmöglich erweisen, eine weitere Pfandbelastung aufgrund ihrer erschwerten Verwertbarkeit ebenso⁴³⁷. In Uebereinstimmung mit der

⁴³⁵ BGE 91 II 423.

⁴³⁶ ZR 65/1966 Nr. 97 S. 204.

⁴³⁷ ZR 82/1983 Nr. 69 S. 181.

bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 91 II 423) sei im Rahmen von Art. 169 Abs. 2 ZGB kein Raum für die Sicherung eines persönlichen Nutzungsrechts durch Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung. Die Zulässigkeit der Anordnung einer Vormerkung durch den Eheschutzrichter sei aufgrund ihrer konkreten Auswirkungen zu verneinen⁴³⁸.

2. Die Rechtslage im neuen Recht

a) Die Qualifikation von Art. 178 Abs. 3 ZGB als Verfügungsbeschränkung

Die Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ist eine vorsorgliche Massnahme im Zusammenhang mit einem bevorstehenden oder pendenten Zivilprozess über einen obligatorischen Anspruch auf Bestellung dinglicher Rechte an einer Liegenschaft zum Zweck der Sicherung des Vollzugs eines dem Kläger günstigen Urteils⁴³⁹. Der Anspruch bezieht sich direkt auf das Grundstück. Im Fall von Art. 178 ZGB hingegen kann ein Ehegatte nicht Ansprüche auf das Grundstück des anderen, sondern Ansprüche zur Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie oder auf Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung aus der ehelichen Gemeinschaft geltend machen⁴⁴⁰.

Die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung zeitigt Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht (Art. 960 Abs. 2 ZGB). Die Vormerkung hat keine Sperrwirkung. Anmeldungen sind entgegenzunehmen, ins Tagebuch einzuschreiben und durch Eintragung im Hauptbuchblatt zu vollziehen⁴⁴¹. Art. 178 ZGB hingegen will den Ehegatten gegen jeden Verfügungsakt schützen und vermeiden, dass er unter Umständen auf Berichtigung der Grundbucheintragung klagen muss, um die Aufhebung von Eintragungen zu erreichen⁴⁴².

⁴³⁸ ZR 82/1983, 180.

⁴³⁹ Hochuli in ZBGR 48/1967, 135.

⁴⁴⁰ Botschaft 92.

⁴⁴¹ Hochuli in ZBGR 48/1967, 137/138.

⁴⁴² Botschaft 93.

Art. 178 Abs. 3 ZGB sieht als Form für die Eintragung im Grundbuch die Anmerkung vor. Eine Verfügungsbeschränkung i.S. von Art. 960 ZGB wird jedoch vorgemerkt.

Aus diesen Gründen kann die neue Eheschutzmassnahme in Art. 178 Abs. 3 ZGB nicht als Verfügungsbeschränkung qualifiziert werden.

b) Die Qualifikation von Art. 178 Abs. 3 ZGB als Grundbuchsperre

Die Grundbuchsperre ist eine unmittelbar an das Grundbuchamt gehende richterliche Anweisung, auf einem bestimmten Hauptbuchblatt bis auf weiteres oder während bestimmter Zeit oder bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses überhaupt keine Eintragung vorzunehmen (sog. Kanzleisperre)⁴⁴³. Durch die Kanzleisperre wird nicht das Grundbuch, sondern die Kanzlei gesperrt. Wer also eine Verfügung über eine Liegenschaft anmelden will, für welche die Kanzlei gesperrt ist, ist zurückzuweisen. Die Kanzleisperre ist die Anweisung einer Behörde (z.B. Bezirksgericht) an eine andere (Grundbuchamt)⁴⁴⁴.

Die Rechtsprechung bezüglich der Grundbuchsperre im Ehescheidungsprozess machte Fortschritte, obwohl die uneinheitliche Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich und des Bundesgerichts unbefriedigend ist. In der Literatur wurde die Verwendung von Grundbuchsperren im Ehescheidungsprozess vermehrt als zulässig erklärt⁴⁴⁵ und ihre Einführung im Zusammenhang mit der Revision des Eherechts bereits vorgeschlagen⁴⁴⁶.

Diese Entwicklungen im Ehescheidungsrecht dürften dazu geführt haben, dass nun Art. 178 Abs. 3 ZGB ein Verfügungsverbot im Eheschutzverfahren zulässt. Diese fortschrittliche Lösung im Eheschutzrecht erstaunt insbesondere, da die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf

⁴⁴³ BGE 91 II 418/419.

⁴⁴⁴ Hochuli in ZBGR 48/1967, 138.

⁴⁴⁵ Bühler/Spühler Art. 145 N.374.

⁴⁴⁶ Deschenaux/Petitpierre, Vers und réforme du droit du mariage, ZBGR 56/1975, 148.

diesem Gebiet weit hinter derjenigen im Ehescheidungsrecht zurückliegt.

In den Erläuterungen zur Botschaft wird zum Charakter des neuen Rechtsinstituts in Art. 178 Abs. 3 ZGB wenig Genaueres gesagt: Der eidgenössische Gesetzgeber sei selbstverständlich befugt, eine solche Massnahme einzuführen. Eine teilweise Grundbuchsperrung sei bereits im Bundesrecht für bestimmte Fälle vorgesehen. Auch das Verfügungsverbot von Art. 178 ZGB sei nicht umfassend, da der Eigentümer mit Zustimmung des anderen Ehegatten oder mit Ermächtigung des Richters über sein Grundstück verfügen könne⁴⁴⁷.

Das Bundesgericht wies im Jahre 1981 darauf hin, dass in der Botschaft des Bundesrates vom 11. Juli 1979 das einem Ehegatten auferlegte und im Grundbuch eingetragene Verfügungsverbot zum Schutz des andern Ehegatten gegen jedes Verfügungsgeschäft als ein neues, dem Bundesrecht zurzeit unbekanntes Rechtsinstitut dargestellt werde⁴⁴⁸.

Die Formulierung und die Wirkungen von Art. 178 Abs. 3 ZGB deuten m.E. darauf hin, dass der Eheschutzrichter neu eine Grundbuchsperrung anordnen kann. Dabei entsteht kein Widerspruch zur Bemerkung des Bundesgerichtes, Art. 178 Abs. 3 ZGB stelle ein neues, dem Bundesrecht zurzeit unbekanntes Rechtsinstitut dar. Das Bundesgericht sieht bis heute die Grundbuchsperrung nicht als ein Rechtsinstitut kraft Bundesrecht.

⁴⁴⁷ Botschaft 93.

⁴⁴⁸ BGE vom 30. April 1981 und 18. Dezember 1981 (nicht veröffentlichte Urteile).

3. TEIL
KRITISCHE WÜRDIGUNG

§ 16 DIE MÄNGEL DES ALTEN GESETZES UND IHRE BEHEBUNG IM NEUEN GESETZ

A VORBEMERKUNGEN

Die nachfolgende Darstellung basiert auf einem Artikel von Robert Kehl, der sich kritisch damit befasst, ob sich das alte Eheschutzrecht in der Praxis bewährt hat⁴⁴⁹.

Die Mängel des alten Gesetzes werden ausführlich dargestellt. Dann soll aufgrund des neuen Gesetzes entschieden werden, ob der Mangel behoben worden ist oder weiterhin besteht. Dieses Vorgehen erlaubt eine erste kritische Würdigung des neuen Eheschutzrechts.

B SCHUTZ DER EHELICHEN GEMEINSCHAFT UND SCHUTZ DER PERSÖNLICHKEIT DER EHEGATTEN ⁴⁵⁰

I. FORMELLER MANGEL

Das Marginale zum Abschnitt E des 5. Titel des ZGB - Schutz der Gemeinschaft - erweckt den falschen Eindruck, es gehe in aArt. 169 ff. ZGB nur um den Schutz der ehelichen Gemeinschaft. In Wirklichkeit verfolgt aber der Gesetzgeber ein weiteres Ziel, nämlich den Schutz der Persönlichkeit der Ehegatten in der Ehe. Dies zeigt sich in aArt. 170 ZGB, wo ausschliesslich auf die Gefährdung eines Ehegatten abgestellt wird. Kehl begrüsst ausdrücklich, neben dem generellen Persönlichkeitsschutz in Art. 27 ff. ZGB einen besonderen Persönlichkeitsschutz innerhalb der Ehe zu schaffen. Dieses Rechtsgebiet müsste zwar innerhalb des Eherechts, aber ausserhalb des Eheschutzrechts stehen.

⁴⁴⁹ R. Kehl, Hat sich das schweizerische Eheschutzrecht bewährt?, SJZ 74/1978, 326-331.

⁴⁵⁰ Kehl, SJZ 74/1978, 327/328; Hildebrand 134/138.

Im neuen Gesetz erscheint sinngemäss das gleiche Marginale, wobei es statt "Gemeinschaft" neu "eheliche Gemeinschaft" heisst. Der Inhalt des neuen Gesetzes wird geprägt vom Schutz der ehelichen Gemeinschaft⁴⁵¹ und vom Schutz der Persönlichkeit eines Ehegatten.⁴⁵²

II. MATERIELLER MANGEL

Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes führt nicht selten zur Ehescheidung und bewirkt damit das Gegenteil des Eheschutzes. Der Gesetzgeber wollte aber in erster Linie Eheschutzrecht schaffen. aArt. 170 ZGB beinhaltet eine Massnahme, die häufig nicht dem Schutz der Gemeinschaft dient.

Im neuen Gesetz ist dieser Mangel wieder zu finden.

C STELLENWERT DES ART. 169 ZGB ⁴⁵³

aArt. 169 Abs. 1 ZGB erweckt den Eindruck, dass die darin erwähnten Voraussetzungen generell für jede Massnahme des Eheschutzrichters erfüllt sein müssen. Die Gesetzesbestimmung regelt aber nur die Voraussetzungen für eine Ermahnung durch den Richter. Für die übrigen Massnahmen werden die Voraussetzungen in den betreffenden Spezialvorschriften geregelt.

Im neuen Gesetz entspricht Art. 172 ZGB weitgehend dem alten Art. 169 ZGB. Die Uneinigkeit der Ehegatten in einer für die eheliche Gemeinschaft wichtigen Angelegenheit bildet neu eine Voraussetzung für richterliches Eingreifen (Art. 172 Abs. 1 ZGB). Dabei sind die Anwen-

⁴⁵¹ Der Gesetzgeber verwendet die Begriffe eheliche Gemeinschaft und Familie mit Ausnahme von Art. 176 ZGB in jeder Gesetzesbestimmung.

⁴⁵² Die ernstliche Gefährdung der Persönlichkeit ist ein Hauptgrund für die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes.

⁴⁵³ Kehl, SJZ 74/1978, 328 Sp. 1.

dungsfälle ausserhalb der allgemeinen Bestimmung von Art. 172 ZGB zu suchen, so etwa in Art. 162 (gemeinsame Wohnung), Art. 167 (Beruf und Gewerbe der Ehegatten) oder Art. 173 ZGB. Art. 172 Abs. 1 ZGB bezieht sich also grundsätzlich auf alle wichtigen Angelegenheiten in der Ehe, die einen gemeinsamen Entscheid der Ehegatten erfordern. Art. 172 ZGB beinhaltet die richterlichen Massnahmen im allgemeinen. Die neuen Randtitel tragen wesentlich zu einer klaren Gliederung des neuen Gesetzes bei.

D DIE BESCHRÄNKUNGSKLAUSEL IN ART. 169 ABS. 2 ZGB ⁴⁵⁴

Der Eheschutzrichter kann gemäss aArt. 169 Abs. 2 ZGB nur die vom Gesetz vorgesehenen Massregeln treffen. Kehl wertet diese Einschränkung als mangelndes Vertrauen in den Eheschutzrichter und glaubt, dass dieser dadurch in seinen Möglichkeiten derart eingeschränkt werde, dass er seine Aufgabe oft kaum richtig erfüllen könne. Auch andere Autoren übten Kritik an der Beschränkungsklausel⁴⁵⁵.

Im neuen Gesetz ist die Beschränkungsklausel in Art. 172 Abs. 3 ZGB wieder enthalten. Der Mangel wurde offensichtlich nicht behoben.

E DIE AUFHEBUNG DES GEMEINSAMEN HAUSHALTES

I. DIE BERECHTIGUNG ZUM GETRENNTLEBEN ⁴⁵⁶

Das Recht zum Getrenntleben entsteht von Gesetzes wegen, wenn eine der in aArt. 170 Abs. 1 ZGB erwähnten Voraussetzungen erfüllt ist. Dann handelt es sich nicht um eine Massnahme des Richters, wenn auch in der Literatur das Getrenntleben immer wieder als eheschutzrichterliche Massnahme bezeichnet wird. War die ursprüngliche Idee des

⁴⁵⁴ Kehl, SJZ 74/1978, 328 Sp. 1.

⁴⁵⁵ Vgl. § 8 D III.

⁴⁵⁶ Kehl, SJZ 74/1978, 328 Sp. 2.

Gesetzgebers demzufolge, das Recht zum Getrenntleben von einer Bewilligung des Richters abhängig zu machen?

Im neuen Gesetz finden wir den gleichen Mangel. Gemäss Art. 175 ZGB entsteht die Berechtigung zum Getrenntleben wieder von Gesetzes wegen. Das Marginale "Richterliche Massnahmen" passt deshalb nicht zu Art. 175 ZGB.

II. DIE GRÜNDE

1. Die Gefährdung des wirtschaftlichen Auskommens

Kehl verneint eine Gefährdung des wirtschaftlichen Auskommens der Ehefrau, wenn ihr der Ehemann zu wenig Haushaltgeld bezahlt. Seines Erachtens müsste hier anstelle der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts der Ehefrau die Bewilligung erteilt werden, selbst eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Die Gefährdung des wirtschaftlichen Auskommens könnte unter diesen Umständen als Grund für die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes wegfallen⁴⁵⁷.

Im neuen Gesetz wird dieser Grund beibehalten, wobei der Begriff "Auskommen" durch "Sicherheit" ersetzt wurde (Art. 175 ZGB). Die Kritik von Kehl wird im neuen Gesetz gegenstandslos. Der haushaltführende Ehegatte kann neu jederzeit die Höhe des Haushaltgeldes durch den Eheschutzrichter festlegen lassen oder sich ein angemessenes Haushaltgeld durch eine eigene Erwerbstätigkeit beschaffen. Die Ehefrau braucht zur Ausübung eines Berufes keine Bewilligung mehr, sondern ist nur zur Rücksicht auf ihren Ehemann und das Wohl der ehelichen Gemeinschaft verpflichtet (Art. 167 ZGB).

⁴⁵⁷ Kehl, SJZ 74/1978, 329 Sp. 1.

2. Die Gefährdung des guten Rufes

Die Wertvorstellungen der Gesellschaft und des einzelnen Bürgers über die Bedeutung eines guten Rufes haben sich geändert. Der gute Ruf ist weniger schnell gefährdet als in früheren Zeiten. Deshalb sind auch Gerichtsentscheide, die eine Gefährdung des guten Rufes als Grund für die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts bejahen, selten anzutreffen⁴⁵⁸.

Im neuen Gesetz wird dieser Grund zum Getrenntleben fallengelassen. Die Gefährdung des guten Rufes kann neu unter die Gefährdung der Persönlichkeit in Art. 175 ZGB subsumiert werden.

F DER ANSPRUCH DER EHEFRAU AUF HAUSHALTGELD ⁴⁵⁹

Im alten Recht war der Ehemann verpflichtet, der Ehefrau die Geldmittel zur Führung des gemeinsamen Haushalts (sog. Haushaltgeld) zur Verfügung zu stellen⁴⁶⁰. Eine gesetzliche Grundlage für eine verbindliche Festsetzung und damit ein direkter Zwang zur Entrichtung eines angemessenen Haushaltgeldes fehlten. Vernachlässigte der Ehemann auch nach einer eheschutzrichterlichen Mahnung seine Zahlungspflicht, so gab es grundsätzlich drei Möglichkeiten⁴⁶¹:

- Anweisung an die Schuldner des Ehemannes (aArt. 171 ZGB)
- Aufhebung des gemeinsamen Haushalts infolge Gefährdung des wirtschaftlichen Auskommens der Ehefrau (aArt. 170 Abs. 1 ZGB)
- Ehescheidung

Kehl wirft die Frage auf, ob die Praxis des Bundesgerichts nicht derart unbefriedigend sei, dass man hier zu Art. 1 ZGB Zuflucht nehmen dürfte.

⁴⁵⁸ SJZ 79/1983 Nr. 42 S. 246.

⁴⁵⁹ Kehl, SJZ 74/1978, 333.

⁴⁶⁰ BGE 51 II 100/101.

⁴⁶¹ BGE 81 III 3.

Leuenberger befürwortet die zürcherische Gerichtspraxis, welche aus aArt. 171 ZGB in extensiver Auslegung den Ehemann selbst verpflichtet, einen bestimmten Betrag seines Einkommens als Haushaltgeld an die Ehefrau zu zahlen. Dem Richter werde so die Möglichkeit gegeben, anstelle der harten Massnahme in Art. 171 ZGB eine mildere zu treffen⁴⁶².

Im neuen Recht hat der Eheschutzrichter die Kompetenz, während des Zusammenlebens der Ehegatten die Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie festzusetzen (Art. 173 Abs. 1 ZGB). Damit ist die gesetzliche Grundlage für eine verbindliche Festsetzung des Haushaltgeldes gegeben. Der Anspruch des haushaltführenden Ehegatten auf ein Haushaltgeld kann auch durchgesetzt werden, da das Zwangsvollstreckungsverbot unter Ehegatten abgeschafft worden ist⁴⁶³.

§ 17 KRITISCHE BEMERKUNGEN ZU AUSGEWÄHLTEN PROBLEMEN IM NEUEN GESETZ

A VORBEMERKUNGEN

In § 17 geht es darum, Probleme aufzuzeigen, die sich voraussichtlich aus dem neuen Gesetz ergeben werden. Dies ist eine heikle Aufgabe. Einerseits handelt es sich beim neuen Eheschutzrecht um ein ausgereiftes Gesetz, das für Kritik kaum Anlass gibt. Andererseits fehlt als Basis für Kritik die Bewährung des neuen Gesetzes in der Praxis. Ausgangspunkt der kritischen Würdigung ist im Unterschied zu § 16 das neue Gesetz.

⁴⁶² Diss. Leuenberger 81.

⁴⁶³ Botschaft 77 ff., 85.

B GELDLEISTUNGEN WÄHREND DES ZUSAMMENLEBENS

I. UNTERHALT DER FAMILIE

Auf Begehren eines Ehegatten setzt der Richter die Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie fest (Art. 173 Abs. 1 ZGB). Kann hier der Eheschutzrichter die Aufgabenteilung unter den Ehegatten beeinflussen oder sogar verbindlich festlegen?

Beim Unterhalt der Familie müssen zwei Tatbestände strikte auseinandergehalten werden:

Tatbestand 1

Eine Vereinbarung der Ehegatten über die Aufgabenteilung in der ehelichen Gemeinschaft liegt vor und ist unbestritten. Die Ehegatten haben sich geeinigt, wer den finanziellen Unterhalt der Familie bestreitet. Die Uneinigkeit bezieht sich auf die Höhe der Geldbeiträge.

Tatbestand 2

Eine Vereinbarung der Ehegatten über die Aufgabenteilung in der ehelichen Gemeinschaft fehlt oder eine bestehende Vereinbarung wird infolge veränderter Umstände bestritten. Die Uneinigkeit der Ehegatten bezieht sich auf die Aufgabenteilung einerseits und die Höhe der Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie andererseits.

Beim Tatbestand 1 ist der Eheschutzrichter an die Vereinbarung der Ehegatten gebunden. Er kann direkt die Höhe der Beiträge jedes Ehegatten an den Unterhalt der Familie festsetzen. Beim Tatbestand 2 muss zunächst abgeklärt werden, welcher Ehegatte überhaupt geldleistungspflichtig ist. Dabei sind die Aufgaben innerhalb der ehelichen Gemeinschaft unter die Ehegatten zu verteilen. Hier stellt sich die grundsätzliche Frage, ob der Eheschutzrichter befugt ist, eine Aufgabenteilung vorzunehmen oder eine bestehende Aufgabenteilung abzuändern. Erst dann nämlich kann er - analog zum Tatbestand 1 - die Höhe der Geldbeiträge jedes Ehegatten festlegen.

Nur die Kompetenz des Eheschutzrichters, vorfrageweise die Aufgaben innerhalb der ehelichen Gemeinschaft zuzuteilen, deckt die zahlreichen Fälle in der Praxis, welche unter Tatbestand 2 zu subsumieren sind. Eine unbestrittene Vereinbarung der Ehegatten als Ausgangssituation für die Anwendbarkeit von Art. 173 Abs. 1 ZGB anzunehmen, hätte ein beschränktes Anwendungsgebiet von Art. 173 ZGB in der Praxis zur Folge⁴⁶⁴. Dies entspricht nicht der Absicht des Gesetzgebers.

Der Richter konnte die Aufgabenteilung schon im alten Recht beeinflussen. In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass das Einkommen des Ehemannes den Lebensbedarf der Familie nicht deckt. Ist ein Berufswechsel verbunden mit einem höheren Einkommen ausgeschlossen, so kommt nur eine zusätzliche Erwerbstätigkeit der Ehefrau in Frage. Bei Uneinigkeit der Ehegatten ist es die Aufgabe des Richters, anlässlich der Eheschutzverhandlung den Parteien die neue Aufgabenteilung plausibel zu machen.

Die Kompetenz des Eheschutzrichters, vorfrageweise eine Aufgabenteilung unter den Ehegatten vorzunehmen, beinhaltet im wesentlichen zwei neue Probleme, welche die Gerichtspraxis lösen müssen. Zunächst stellt sich die Frage der Kongruenz bei verschiedenartigen Beitragsleistungen⁴⁶⁵. Art. 163 Abs. 2 ZGB erwähnt neu die Beitragsformen Geld, Haushaltsführung und Kinderbetreuung. Nach welchen Kriterien sind die innerhäuslichen Arbeitsleistungen zu bewerten? Welches Mass müssen Haushaltsführung und Kinderbetreuung erfüllen, um der Norm zu entsprechen? Bilden die Höhe des Einkommens und der Zeitaufwand eines erwerbstätigen Ehegatten Anhaltspunkte für den erforderlichen Einsatz des im innerhäuslichen Bereich tätigen Ehepartners?

Dann ist unklar, ob bei Uneinigkeit der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung ein Ehegatte wider seinen Willen zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gezwungen werden kann⁴⁶⁶. Die Ehegatten sorgen neu gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den Unterhalt der Fami-

⁴⁶⁴ Vgl. § 9 C II. 1. d).

⁴⁶⁵ Vgl. § 9 C III. 1.

⁴⁶⁶ Vgl. § 9 C III. 3.

lie. Ist in einer kinderlosen Ehe der haushaltführende Ehegatte verpflichtet, zusätzlich einer Erwerbstätigkeit nachzugehen? Wie ist zu entscheiden, wenn ein vollerwerbstätiger Ehegatte nur noch in Teilzeit arbeiten möchte und gleichzeitig von seinem Partner verlangt, eine Erwerbstätigkeit zu suchen, die mindestens den finanziellen Ausfall abdeckt?

Eine nicht proportionale Belastung der Ehegatten bezüglich ihrer Beitragsleistungen an den Unterhalt der Familie funktioniert so lange, als die Ehegatten damit einverstanden sind. Bei einer Ehekrise besteht die Gefahr, dass ein Ehegatte vor dem Eheschutzrichter auf dem Grundsatz der Proportionalität der Belastung beharrt. Das Prinzip der Proportionalität der Belastung wird durch die Rechtsprechung konkretisiert werden.

Mit Art. 173 Abs. 1 ZGB erwartet den Eheschutzrichter eine schwierige Aufgabe. Er muss vorfrageweise eine Aufgabenteilung vornehmen. Nur wenn diese auf die konkreten Verhältnisse in der betroffenen ehelichen Gemeinschaft abgestimmt ist und der Richter es versteht, sie den Ehegatten plausibel zu machen, wird der Zweck von Art. 173 Abs. 1 ZGB erfüllt. Sonst besteht die Gefahr, dass die Massnahme zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts führt und damit zum "Anfang vom Ende" einer Ehe wird.

II. DER ANSPRUCH DES HAUSHALTFÜHRENDEN EHEGATTEN

Die gesetzliche Verankerung eines Anspruchs des haushaltführenden Ehegatten auf einen angemessenen Betrag zur freien Verfügung garantiert dem im Haushalt tätigen Ehegatten eine gewisse finanzielle Selbständigkeit. Dabei stellt sich sofort die Frage, wie hoch dieser Betrag sein soll.

Das Problem wurde bei der Diskussion von Art. 164 ZGB in den eidgenössischen Räten erkannt und führte zu einer Kontroverse zwi-

schen National- und Ständerat⁴⁶⁷. Schliesslich einigte man sich, den Begriff "angemessen" im neuen Gesetz näher zu umschreiben. Die Zukunft wird zeigen, ob Art. 164 Abs. 2 ZGB für den Eheschutzrichter eine Hilfe bei der Anordnung der Massnahme in Art. 173 Abs. 2 ZGB sein wird.

M.E. ist Art. 164 Abs. 2 ZGB überflüssig, da der Begriff "angemessen" in der Sprache des Gesetzes, in der Doktrin und der Gerichtspraxis bekannt ist⁴⁶⁸. Mit Art. 164 Abs. 2 ZGB kommt - ähnlich wie bei Art. 172 Abs. 3 ZGB - ein klares Misstrauen zum Ausdruck, ja vielleicht sogar Zweifel an der Fähigkeit des Eheschutzrichters, nach freiem Ermessen den Betrag des haushaltführenden Ehegatten korrekt festzusetzen.

Hoffentlich wird Art. 164 Abs. 2 ZGB nicht zur Einladung, unter dem Deckmantel einer verantwortungsbewussten Vorsorge für die Familie, Beruf oder Gewerbe möglichst viel Geld so diskret verschwinden zu lassen, dass der haushaltführende Ehegatte möglichst wenig erhält.

C DIE STELLUNG DES EHESCHUTZRICHTERS GEGENÜBER DEN KINDERN

Die Stellung des Eheschutzrichters gegenüber den Kindern ergibt sich aus Art. 176 Abs. 3 ZGB: "Haben die Ehegatten unmündige Kinder, so trifft der Richter nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen" .

Im zweiten Teil der Arbeit suchten wir eine Antwort auf die zentrale Frage, ob der Eheschutzrichter auch für die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 ff. ZGB zuständig sei. Dabei gingen wir von den Stellungnahmen zahlreicher Autoren zur Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Richter und Vormundschaftsbehörde im alten

⁴⁶⁷ Vgl. § 10 B III.

⁴⁶⁸ Gl.M. Gerwig in Amtl.Bull.NR 1983, 650, und Friedrich in Amtl.Bull.NR 651.

Eheschutzrecht aus⁴⁶⁹. Die Kompetenz des Eheschutzrichters, Kindeschutzmassnahmen zu treffen, wurde praktisch durchgehend aufgrund von Art. 315a ZGB verneint.

Die neue gesetzliche Grundlage in Art. 176 Abs. 3 ZGB in Verbindung mit den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 270 ff. ZGB) bringt keine Aenderung.

Eine Umfrage in der Praxis zeigte, dass das neue Recht in diesem Punkt den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht werden kann⁴⁷⁰. Die Gründe seien hier nochmals in Erinnerung gerufen: Der Eheschutzrichter wird heute in einer Art beansprucht, die das in einem summarischen Verfahren übliche Mass deutlich übersteigt. Insbesondere bei der Zuteilung der Obhut bzw. elterlichen Gewalt sind der Beizug von Experten, die Befragung von Auskunftspersonen oder ein Bericht des Jugendsekretariates als Grundlage für den richterlichen Entscheid nötig. Ausserdem vergeht vom Zeitpunkt der Ueberweisung des Falles vom Eheschutzrichter an die Vormundschaftsbehörde bis zu deren Entscheid oft wertvolle Zeit, die für das Wohl des Kindes belastend ist. Schliesslich können die Kompetenzen des Eheschutzrichters in Art. 275, 276 und 279 ZGB als Kindeschutzmassnahmen qualifiziert werden. Dadurch wird eine klare Abgrenzung gegenüber den Kindeschutzmassnahmen in Art. 307 ff. ZGB unmöglich.

M.E. wäre eine umfassende Kompetenz des Eheschutzrichters bei Massnahmen gegenüber unmündigen Kindern dringend notwendig. Es ist zu bedauern, dass der Gesetzgeber es versäumt hat, hier eine praxisnahe Lösung zu finden. Er hätte damit zur Entlastung der Vormundschaftsbehörde und zu einer längst fälligen Gleichstellung des Eheschutzrichters mit dem Ehescheidungsrichter beigetragen.

⁴⁶⁹ Vgl. § 13 C IV. 2. a).

⁴⁷⁰ Vgl. § 13 D II. - V.

D SCHLUSSBEMERKUNG

Keine Ehe ist gegen Krisen gefeit. Es ist in erster Linie Sache der Ehegatten selbst, diese zu überwinden. Aber wenn ihnen das nicht gelingt, darf die Ehescheidung nicht der einzige Ausweg sein.

Es gehört zu den Vorzügen des schweizerischen Eherechts, dass es, wo Ehegatten ihre Konflikte nicht mehr selber zu meistern verstehen, Hilfe anbietet. Gewiss ist dieses Eheschutzrecht nicht frei von Mängeln und sind seiner Wirksamkeit Grenzen gesetzt. Aber die täglichen Erfahrungen von Eheschutzrichtern, von Rechtsauskunftsstellen und von Frauenhäusern lassen jeglichen Zweifel an der Notwendigkeit und am Nutzen selbst dieser unvollkommenen richterlichen Hilfe verstummen⁴⁷¹.

⁴⁷¹ Hegnauer in NZZ Nr. 210/1985, 35.

ZUSAMMENFASSUNG

Stellung und Funktion des Eheschutzrichters im alten Recht waren im Gesetz knapp umschrieben und wurden hauptsächlich durch die Gerichtspraxis geprägt. Die zentralen Eheschutzmassnahmen bildeten die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes und die Anweisung an die Schuldner.

Das neue Recht sieht die Funktion des Eheschutzrichters grundsätzlich in der Vermittlung. Das System der Eheschutzmassnahmen ist gegenüber dem alten Recht erweitert worden. Neue Aufgaben erhält der Richter insbesondere im Zusammenhang mit dem Unterhalt der Familie, der Vertretung der ehelichen Gemeinschaft und der Beschränkung der Verfügungsbefugnis. Die aus dem alten Recht bekannten Massnahmen wie Mahnung, Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes und Anweisung an die Schuldner werden beibehalten.

Die Ehegatten können bei Uneinigkeit in einer für die eheliche Gemeinschaft wichtigen Angelegenheit den Eheschutzrichter um Vermittlung anrufen (Art. 172 Abs. 1 ZGB). Wichtig ist eine Angelegenheit, wenn sie vitale Interessen der ehelichen Gemeinschaft berührt.

Neu kann der Eheschutzrichter während des Zusammenlebens der Ehegatten die Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie festsetzen (Art. 173 Abs. 1 ZGB). Dabei kommt der Verständigung der Ehegatten über die Aufgabenteilung in der ehelichen Gemeinschaft eine zentrale Bedeutung zu. Bei Einigkeit der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung kann der Richter gestützt auf deren Vereinbarung die Höhe der Geldbeiträge festlegen. Bei Uneinigkeit der Ehegatten bezüglich der Aufgabenteilung muss der Richter eine Einigung herbeiführen können. Er verteilt die Aufgaben vorfrageweise i.S. einer Hypothese und setzt dann die Höhe der Geldbeiträge fest.

Der Ehegatte, der den Haushalt besorgt, die Kinder betreut oder dem andern im Beruf oder im Gewerbe hilft, hat nun Anspruch darauf, dass der andere ihm regelmässig einen angemessenen Betrag zur freien Verfügung ausrichtet (Art. 164 Abs. 1 ZGB). Der Eheschutzrichter ist

für die Festsetzung dieses Betrages zuständig (Art. 173 Abs. 2 ZGB). Die Höhe des Betrages hängt von einem allfälligen Einkommen des anspruchsberechtigten Ehegatten, vom Einkommen des erwerbstätigen Ehegatten und vom Lebensstandard der Familie ab.

Der Entzug der Befugnis zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft ist eine aus dem alten Recht bekannte Massnahme. Neu ist die Zuständigkeit des Eheschutzrichters.

Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes entspricht weitgehend dem alten Recht. Die Gründe für die Aufhebung sind erweitert worden. Neu berechtigen eine ernstliche Gefährdung der Persönlichkeit eines Ehegatten oder des Wohls der Familie zum Getrenntleben (Art. 175 ZGB). Die Regelung des Getrenntlebens (Art. 176 ZGB) ist in Uebereinstimmung mit der bisherigen Gerichtspraxis ins neue Gesetz aufgenommen worden. Die Stellung des Eheschutzrichters gegenüber unmündigen Kindern der Ehegatten ist gleich wie im alten Recht. Die Unzuständigkeit zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen entspricht nicht den Bedürfnissen der Praxis und ist m.E. ungerechtfertigt.

Die Anweisung an die Schuldner ist eine aus dem alten Recht bekannte Massnahme. Die Verantwortung beider Ehegatten für den Unterhalt der Familie bewirkt, dass jeder Ehegatte bei Verletzung der Unterhaltungspflicht durch den anderen beim Richter eine Anweisung verlangen kann.

Neu kann der Eheschutzrichter die Verfügungsbefugnis eines Ehegatten über bestimmte Vermögenswerte beschränken, soweit es die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der Familie oder die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung aus der ehelichen Gemeinschaft erfordert (Art. 178 Abs. 1 ZGB). Die Verfügungsbeschränkung ist als vorsorgliche Massnahme im Ehescheidungsrecht der Praxis bestens bekannt. Handelt es sich beim Vermögenswert um ein Grundstück, so hat der Richter neu die Kompetenz, eine Grundbuchsperre anzuordnen (Art. 178 Abs. 3 ZGB).

LEBENS LAUF

Ich wurde am 19. Februar 1952 in Zürich geboren. Nach dem Besuch der Primar- und Kantonsschule in Zürich immatrikulierte ich mich im Oktober 1972 an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Am 24. November 1976 wurde ich zum Lizentiaten der Rechtswissenschaft promoviert. Nach acht Jahren praktischer Tätigkeit am Bezirksgericht Winterthur und bei einer Grossbank schloss ich meine Studien am 19. Februar 1986 mit dem Doktorat ab.

